

OM BEHOVET AV ETT OPARTISKT TILLSÄTTNINGSFÖRFARANDE - REPLIK TILL “ANSÖKAN TILL EN NY MAKTPOSITION”¹

Av Marcus Norlin²

Utformandet av processen för tillsättandet av domare i allmänhet (och högre domare i synnerhet) är en mycket grannliga uppgift vilken fordrar väl genomtänka överväganden, givet dess betydelse för rättsstatens upprättande och fortbestånd. I ljuset av den vikt för medborgarnas tilltro för domstolarnas oavhängighet, med avseende på förtroendet för rekryterings- och urvalsprocessen vid tillsättandet av ordinarie domare, välkomnar jag till skillnad från Almkvist den av regeringen i prop. 2009/10:181 föreslagna - och sedan 1 januari 2011 i och med ikraftträdandet av lag (2010:1390) om utnämning av ordinarie domare gällande - nyordningen. Syftet att avlägsna de kvarstående potentiellt partiska inslagen i tillsättningsprocessen framstår för undertecknad inte som annat än vällovligt.

Det faktum att regeringens förslagsrätt prima facie inskränks genom att den i första hand utövas av den i propositionen presenterade Domarnämnden, och att endast med beaktande av kravet på återremittering (vid övervägande från regeringens sida att frånga det av nämnden förelagda kandidatförslaget) en reell utnämningssmakt kan utövas, utgör endast en skärpning (och ett förtydligande) av domstolarnas oavhängighet gentemot den styrande makten.

Att regeringen i initialskedet av tillsättningsprocessen fråntas rätten att efter eget skön föreslå kandidater till de högre domarposterna, medför i enlighet med innehållet i den föreliggande propositionen inte att den berövas rätten att (med iakttagande av remitteringsvillkoret) slutgiltigt besluta vilka kandidater som faktiskt utses (jfr lag [2010:1390] om utnämning av ordinarie domare 11 §).

Återremitteringskravet utgör endast en säkerhetsventil i tillsättningsförfarandet, vilken syftar till att säkerställa att ett av politiska hänsyn präglat utövande av utnämningssmakten på ett effektivt sätt förebyggs. Om man beaktar det faktum

¹ Almkvist, Gustaf, Ansökan till en ny maktposition, JP 2010 s. 101.

² Jur. stud., termin 4, Uppsala Universitet.

att för åtta av tio av domarna i våra högsta domstolar har vägen dit gått via Regeringskansliet (där denna merit synes väga tyngre än erfarenhet av den dömande verksamheten), så är det svårt att förneka risken för att de tänkbara lojalitetsband som härvidlag kan tänkas uppstå gentemot den styrande makten vilket ingalunda bör ses med blida ögon.³ Att dessutom över 90 % av de övriga ordinarie domarna redan tillsätts via ett öppet ansökningsförfarande,⁴ talar med styrka för att upplägget torde passa även vid tillsättandet av de högre domartjänsterna.

Artikelförfattaren anmärker att en av de tänkbara invändningarna mot att frånta regeringen utnämningssrätten, ligger i den viktiga maktdelningsfunktion som den fyller. Den utgör ett sätt för den exekutiva makten att i viss utsträckning kontrollera utövandet av lagprövningsrätten, vilken de facto utgör en inskränkning av folksuveräniteten som kan komma utvidgas om de av Grundlagsutredningen föreslagna förändringarna i regeringsformen på området bifalls.

Vad man här förbiser är att, även om de föreslagna förändringarna går igenom, bibehåller i ett avseende regeringen utnämningssrätten.⁵ Man kan här kanske tala om en "negativ" utnämningssrätt; genom rätten att avslå från Domarnämnden opassande förslag (utan iakttagandet av specifika villkor för utnyttjandet av rätt), uppstår ett incitament för Domarnämnden att till viss del gå regeringen tillmötes i sina förslag för att nya domartillsättningar alls skall kunna ske. Regeringen och Grundlagsutredningen synes eniga kring att regeringen även fortsättningsvis bör inneha rätten att utnämna någon annan än den kandidat som Domarnämnden föreslagit till en utlyst tjänst.⁶

Den maktdelningsfunktion som utnämningssmakten fyller uttrycks av regeringen på så vis att regeringen utövar utnämningssmakten under konstitutionellt ansvar. *"För att utnämningssmakten ska vara reell bör regeringen*

3 Von Sydow, Henrik, "Rättsstatens rötter - reformer av domarutnämningar", Examensarbete vid Lund Universitet 2007.

4 SOU 2008:125, s. 321.

5 En av artikelförfattaren uppmärksammas omständighet med avseende på regeringens förmåga att indirekt påverka vilka kandidater som föreslås då en ordinarie domarpost skall tillsättas, är det faktum att regeringen jämlikt 8 § förordning (2008:427) med instruktion för Domarnämnden äger rätten att utse ordinarie ledamöter samt ersättare i nämnden. Således kan regeringen via rätten att fatta beslut om nämndens sammansättning utöva en indirekt kontroll över den primära förslagsrätt som nämnden ifråga äger.

6 Prop. 2009/10:181, s. 134.

inte kunna lämna i från sig beslutanderätten i ett utnämningsärende, dvs. regeringen bör inte vara bunden av det förslag som nämnden lämnar.⁷

Det kollegiala beslutsförfarandet för regeringsärenden⁸ säkerställer förövrigt möjligheten till ett kollektivt ansvarsutkrävande vid en av konstitutionsutskottet senare företagen efterhandskontroll, för det fall oegentligheter i samband med en utnämning skulle visa sig ha förelegat.

Även 1993 års domarutredning⁹ var av åsikten att den verkställande makten också fortsättningsvis borde inneha utnämningmakten, samtidigt som dess ledamöter ansåg att de mest effektiva medlen för att stävja ett eventuellt missbruk av nämnda makt bestod uti ett högkvalitativt beredningsförfarande präglad av en möjlighet till insyn, samt en väl fungerande efterhandskontroll.¹⁰

Såväl Europarådets rekommendation från 1994 avseende ”domares oberoende, skicklighet och roll” (vilken förespråkar inrättandet av en oberoende förslagsnämnd) som Europadomstolens praxis¹¹ (vilken befäster vikten av att domstolarna inte bara är oberoende, utan också synes vara det i förhållande till allmänheten) utgör argument för en lösning på tillsättningsproblematiken som förmår upprätthålla den dömande maktens anseende och samtidigt säkerställa en opartisk (samt på saklighet och förtjänst baserad) nyrekryteringsprocess. Den nya Domarnämnden föreslås erhålla förslagsrätten vad gäller tillsättandet av samtliga ordinarie domarposter (samt dessutom såsom myndighet få sin verksamhet reglerad i lag).¹²

Därutöver föreslås nämnden begåvas med ett eget kansli; detta för att ytterligare markera dess oberoende ställning visavi Domstolsverket.¹³ Resultatet blir således tillsynes att utnämningbefogenhetens maktodelningsmässiga funktion kvarstår, samtidigt som allmänhetens betänkligheter inför risken att eventuella ovidkommande hänsyn tages i tillsättningsförfarandet på ett effektivt sätt reduceras till ett minimum.

7 A a s 134 (min kursivering).

8 Jfr RF 7:3 samt RF 12:1.

9 SOU 1994:99.

10 SOU 1994:99 Del A, s. 223.

11 Jfr fallen *De Cubber vs Belgien*, 26 oktober 1984, vol 1986, samt *Hauschildt vs Danmark*, 24 maj 1989.

12 Till skillnad från den tidigare Domarnämnden (och tillika dess föregångare, Tjänsteförslagsnämnden), vilken blott reglerades i en förordning.

13 Prop. 2009/10:181, s. 72.

Vidare bygger invändningen att kallelseförfarandets bevarande säkerställer upprätthållandet av folksuveräniteten på det implicita antagandet att den exekutiva makten representerar folkets vilja, vilket knappas kan betraktas som ett helt okontroversiellt antagande. De folkvalda representanterna utgörs ju av riksdagsledamöterna, och ingalunda av statsråden (som ju är indirekt valda).

Önskar man försvara utnämningmakten med hjälp av folksuveränitetsprincipen, bör man således istället förse riksdagen med reella möjligheter att påverka utnämningprocessen. Härvidlag kan exempelvis den i USA rådande ordningen vid utnämningen av de federala domarna nämnas, där av presidenten föreslagna kandidater till dessa poster måste godkännas av senaten för att kunna tillsättas. Att i alltför stor utsträckning involvera folkrepresentationen i domarutnämningarna kan emellertid leda till att domstolarnas anseende i oavhängighetshänsyn snarare påverkas negativt, då domarkandidaternas politiska hemvist kan komma att bli avgörande för huruvida de förordnas eller inte.¹⁴

Den politiska kontrollen av tillsättningarna består med andra ord även om det diskuterade förslaget genomförs, dock i en mer renodlad, opartisk form. Just de betänkligheter man kan tänkas ha kring domstolarnas oberoende i förhållande till regeringen, elimineras sålunda genom att fränkänna regeringen den primära förslagsrätten. Därtill säkras även allmänhetens inflytande över utnämningarna på ett tydligare sätt än tidigare, då det i lag (2010:1390) om utnämningen av ordinarie domare 4 § explicit stadgas att två av ledamöterna i Domarnämnden skall representera allmänheten, och således utnämnas av riksdagen.

Under det att kallelseförfarandet tillämpades, saknade allmänheten överhuvudtaget insyn i de ifrågasvarande utnämningssärendena. I ovan nämnda lagrum tryggas även en breddning av Domarnämndens sammansättning, såtillvida att utöver allmänhetens två ledamöter skall (av de totalt nio ledamöterna) fem ledamöter utgöras av ordinarie domare, och två av yrkesverksamma jurister utanför domstolsväsendet. Den slutna, interna förslagsgrupp vid Justitiedepartementet vilken tidigare framlagt förslag vid förordnandet, är således härvidlag ett minne blott.

14 Se SOU 2000:99, s. 126 f.

I övrigt har jag svårt att se hur den i RF 2:21 stadgade proportionalitetsbedömningen, som ju (i likhet med hela RF kap. 2) traditionellt betraktats som en begränsning av lagstiftarens makt, skulle förvandlas till ett instrument för den dömande makten.

Även om domstolarna åläggs göra proportionalitetsbedömningar i sin dömande verksamhet med avseende på Sveriges åtaganden enligt Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna (EKMR) och EU-rätten, så kommer regeringsformens proportionalitetsstadgandes inverkan på dessa bedömningar ej att vara annat än ytterst marginellt. Vidare bör man ha i åtanke att RF 11:14 de facto stadgar att samtliga domstolar kan utöva lagprövningsrätten, vilket, (åtminstone principiellt sett) ger alla domare samma makt.

Vad däremot gäller den retoriska frågan om vem som kan opponera sig mot öppenhet och insyn, så finns det onekligen upptänkbara invändningar mot ett helt öppet ansökningsförfarande. Regeringens, samt flertalet av de tillfrågade remissinstansernas ståndpunkt i frågan huruvida rekryteringsförfarandet vid tillsättandet av de högre domartjänsterna bör vara offentliga eller omfattas av sekretess, är dock tämligen väl avvägd. Syftet att bredda rekryteringen vad gäller de nämnda posterna kan komma att motverkas om rekryteringsprocessen till fullo offentliggörs, då kvalificerade (potentiella) sökande inom t.ex. det privata näringslivet kan tänkas komma att avstå från att söka sig till en dylik post om risken för att deras ansökan offentliggörs inte är helt obetydlig.¹⁵

Konstitutionsutskottets efterhandsgranskning av tillsättningsprocessen är fullt tillräcklig för att vinnlägga sig om att inga ovidkommande, osakliga hänsyn tagits vid utnämningen. Det i prop. 2009/10:56 omnämnda förslaget att införa ett så kallat "omvänt skaderekvisit" vid ansökan till en post såsom myndighetschef vid en under regeringen direkt lydande förvaltningsmyndighet framstår som en bestämmelse som på sikt kan tänkas möjliggöra en breddad rekrytering inom den offentliga maktsfären, även om oviljan att skylta med sina ansökningar kan tänkas vara ett uttryck för en för tillfället förhärskande attityd som med tiden kan komma att luckras upp (för att till slut helt upphöra).¹⁶

15 Prop. 2009/10:80, s. 135.

16 Att sökande till de ordinarie domartjänsterna, där tillsättningsprocessen ingalunda röner samma mediala uppmärksamhet som de högre domarposternas motsvarighet (och således ej utgör samma i publicitetshänseende potentiella hinder för den sökande), ej bör få sina identiteter skyddade av någon form av sekretess framstår emellertid som klart mer rimligt (se prop. 2009/10:80, s. 136).

Slutligen kan nämnas att kallelseförfarandet förövrigt fram tills den 31 december 2010 gällde inte endast utnämmandet av justitie- och regeringsråd, utan även tillsättandet av bland annat hov- och kammarrättspresidenterna, hov- och kammarrättslagmän samt lagmän i de tre största tingsrätterna och förvaltningsdomstolarna. Om tillämpningen av kallelseförfarandet i dessa fall bygger på en väl genomtänkt uppskattning av dessa övriga domarposters reella makt, varför bör det då slopas för de nämnda posterna men inte för tjänsterna som regerings- och justitieråd?

Den 20 februari 2011 publicerades för första gången en annons i morgontidningarna uti vilken Domarnämnden informerade om lediga anställningar såsom justitieråd. Att annonsen ingalunda riktade sig till vem som helst stod klart i och med tjänstebeskrivningens utformning;

“Justitieråd ska tillhöra landets främsta jurister. De ska svara mot synnerligen högt ställda krav vad avser juridiska kunskaper, analysförmåga, förmåga att uttrycka sig i tal och skrift, omdöme och självständighet.

Vid rekrytering av justitieråd är det en strävan att Högsta domstolen ska vara sammansatt av jurister med erfarenheter från olika juridiska yrkesfält, t.ex. från domstolar, lagstiftningsverksamhet, den akademiska världen, advokat- och åklagarverksamhet etc. Det är också väsentligt att justitieråden kompletterar varandra i det kollegiala dömandet och representerar djupa kunskaper inom olika rättsområden.”

Det återstå därmed att se huruvida de ”rätta” sökanden anmäler sitt intresse för tjänsterna; om så ej skulle vara fallet, så står det fortfarande regeringen fritt att uppmana (eller på eget bevåg skaffa fram) lämpliga kandidater, varför tjänsterna ingalunda under någon längre tid kommer att förbli otillsatta.

Det scenario som Almkvist föreställde sig i sin betraktelse har nu alltså förverkligats; såväl kallelseförfarandet som uppenbarhetsrekvisitet i 11:14 RF är numera avskaffade. Kommer de att medföra en inte oansenlig utvidgning av domstolarnas makt via en märkbar inskränkning av folksuveräniteten?

Nej, mycket lite talar för risken för detta kommer att realiseras – då regeringen genom införandet av den nya domarutnämningsslagen bibehåller

utnämningmakten med avseende de högre domarposterna mot eftergiften att förslagsrätten delegeras till Domarnämnden (vars förslag man utan större besvär från regeringens sida kan frångå om man så önskar), så förefaller nämnda risk mycket liten.

Kvarstående farhågor och betänkligheter kring risken för ett eventuellt missbruk av den utökade lagprövningsrätten från den dömande maktens sida utgör endast en kritik av den utökade rätten *som sådan*, och är ej beroende av de omdiskuterade inskränkningarna i utnämningmakten i sig. Tilläggas kan förövrigt, att det knappast synes finnas något självändamål i att upprätthålla en skillnad i rekryteringsförfarandet mellan högre och övriga domarposter.

Kallelseförfarandet utgör en bestämmelse som inte förmår tillgodose behovet av transparens med avseende på tillsättandet av höga offentliga tjänster. Med detta i åtanke framstår den som såväl otidsenlig som förlegad, varför dess avskaffande inte bör röna överdrivet stor uppmärksamhet eller leda till alltför omfattande protester – åtminstone inte på lite längre sikt. 