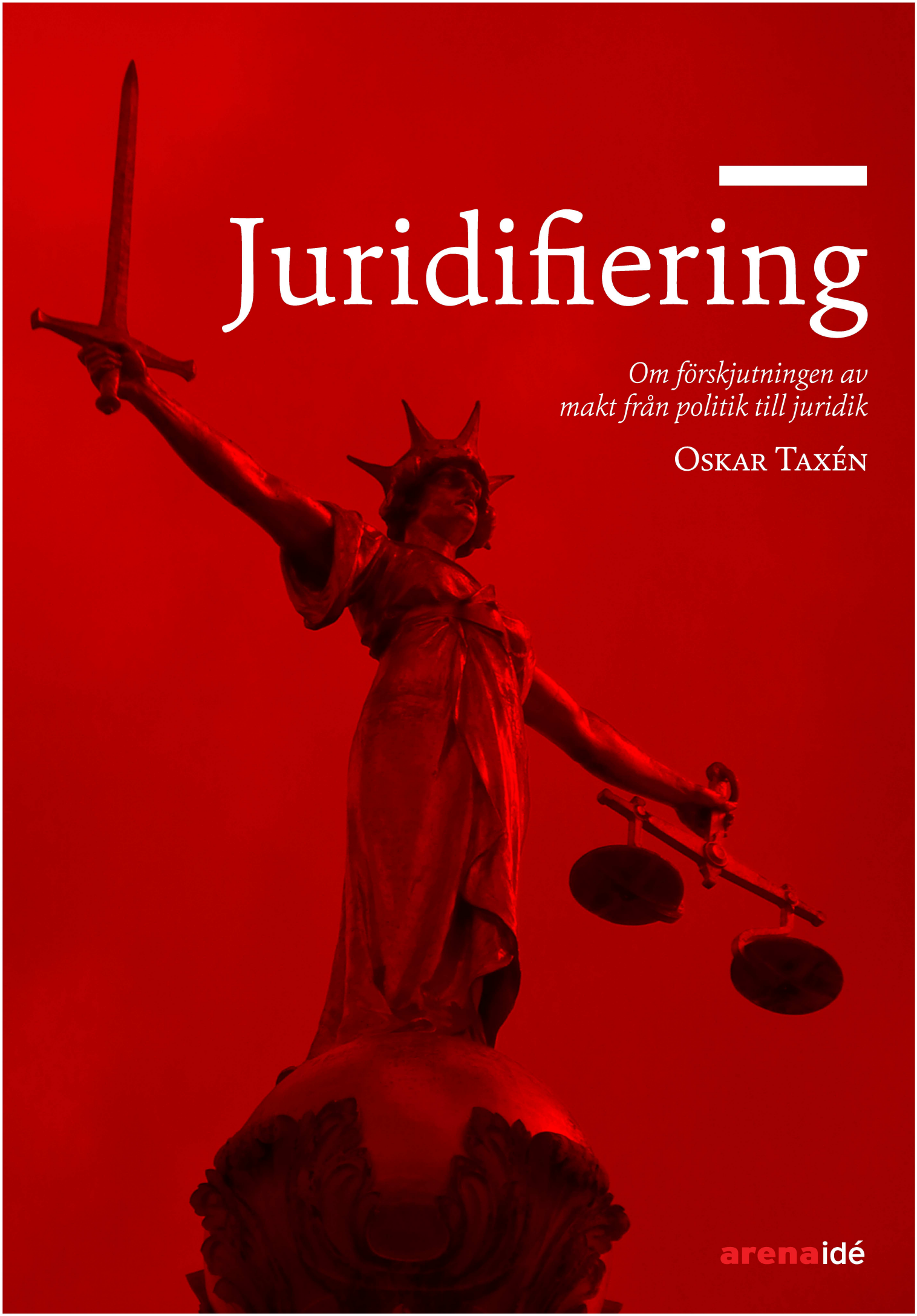


Juridifiering

Om förskjutningen av makt från politik till juridik

Oskar Taxén

arena idé

Juridifiering
Om förskjutningen av makt från politik till juridik
© Arena Idé, *Oskar Taxén*, 2017
Rapporten kan laddas ner från www.arenaide.se/rapporter
Foto omslag: Kai Freundlich/Flickr

Oskar Taxén
Jurist, anställd på fackförbundet Kommunal. Tidigare på
bland annat förvaltningsrätten i Stockholm och i regeringskansliet.

INNEHÅLL

Förord 5

Inledning 6

Juridifieringen och demokratin 7
Demokrati – ett styrelseskick med öppet slutmål 7

Hotet från populismen 7

Vikten av att förankra demokratin 8

Teknokratins lockelse och risk 8

Juridifiering är en del av den teknokratiska trenden 9

Den svenska offentliga maktutövningens grundläggande drag 10
All offentlig makt utgår från folket 10

Riksdagen, regeringen och myndigheterna 10

Kommunerna och landstingen 11

Domstolarna 11

Juridifiering genom politiska beslut 13
Folkvalda har avsagt sig vissa frågor 13

EU-medlemskapet leder till en juridifiering 13

Valet av lagstiftningsteknik förstärker utvecklingen 13

Europakonventionen 14

Uppenbarhetsrekvisitet 15

Juridifiering genom domstolars beslut 17
Från positivister till aktivister? 17

Domstolarnas normgivande roll 17

Sammanfattning, slutsatser och förslag 21
Risker med utvecklingen 21

Tre konkreta reformförslag 22

Politikerna måste ta ansvar för den långsiktiga rättsvården! 22

Källor 24

Förord

Tankesmedjan Arena Idé arbetar med långsiktig opinionsbildning utifrån ett löntagar- och medborgarperspektiv. Utgångspunkten är våra värderingar jämlikhet, frihet, demokrati, jämställdhet, solidaritet och rättvisa. Vi riktar oss särskilt till fackligt aktiva, människor som är engagerade i civilsamhället och kulturskapare.

Den här rapporten är en del av ett pågående samtal om juridifiering och juridisk aktivism som Arena Idé har deltagit i med en rad skrifter, rapporter och seminarier. (Se www.arenaide.se/rapporter) Oskar Taxén, som är jurist på fackförbundet Kommunal och medlem i Arena Idés juridiska råd, bidrar i den här skriften med en analys av juridifieringen samt dess risker för folkstyret och det demokratiska ansvarsutkrävandet. Vad händer när makt förskjuts från folkvalda till myndigheternas experter och domstolarnas jurister? Vad händer med människors förtroende för politik och politiker när beslut som berör dem allt oftare fattas i en domstol istället för i en talarstol? Hur påverkas domstolarna själva av juridifieringen? Rapporten avslutas med ett antal konkreta reformförslag. Samtalet fortsätter.

Håkan A Bengtsson,
vd för Arenagruppen

Lisa Pelling,
utredningschef Arena Idé

Inledning

I april 2016 fick barn-, äldre- och jämställdhetsminister Åsa Regnér frågor om regeringens ambition att införliva barnkonventionen i svensk lag. Skulle det innebära att barn till rumänska medborgare som tiggde i Sverige skulle få gå i svensk skola?[1] Åsa Regnér svarade att det inte var regeringens utgångspunkt eftersom det inte vore det bästa för dessa barn. Intervjuaren följde då upp med att den statliga utredare som utrett införlivandet av barnkonventionen hävdade motsatsen, att innebörden av ett införlivande visst vore att dessa barn fick rätt att gå i svensk skola. Intervjun avslutades med att Åsa Regnér konstaterade att när ”vi har barnkonventionen som lag så kommer den att pröva olika fall men jag kan inte uttala mig om hur utfallet av de fallen kommer att bli”.

Intervjun med Åsa Regnér är illustrativ för hur politiken har juridifierats och hur detta leder till att politikernas förmåga att ta ansvar för den förda politiken minskar. Denna utveckling riskerar att undergräva förtroendet för de demokratiska institutionerna och även för det demokratiska beslutsfattandet.

Med vetskapen om vad som just nu sker runt om i världen måste denna risk tas på allvar. I flera länder ser vi en utveckling där den demokratiska framåtrörelse som präglat 1900-talet helt har avstannat och i vissa fall börjat gå baklänges. Medborgarna identifierar sig inte med de etablerade eliterna och populister från både höger och vänster har med framgång kunnat bygga politiska program utifrån den välkända konflikten ”folket” mot ”etablissemanget.” Vid makten har dessa populister sedan satt demokratiska kärnvärden som yttrandefrihet och rättssäkerhet på undantag.

Vissa har menat att juridifieringen är ett effektivt vapen mot just denna populism. De framför att de auktoritära ledare som kommit fram ju ofta har mycket starkt folkligt stöd och att folkets företrädare således är de som behöver tämjas genom mer långtgående maktdelning och expertstyre.

Jag tror dock inte att en sådan strategi fungerar. Givetvis ska vi i Sverige värna de rättsvårdande institutionernas oberoende och de rättssäkerhetsgarantier som i dag finns på plats. Men utvecklingen i andra delar av världen visar att goda ideal inte kan konserveras. Samhällets institutioner måste ha stark folklig legitimitet, annars riskerar de att avskaffas eller korrumperas. Och legitimitet kan endast skapas genom att det finns ett tydligt samband mellan makt och ansvar.

Jag kommer i denna rapport att argumentera för att det i Sverige behöver genomföras politiska reformer för att öka den politiska legitimiteten inom de juridiska institutionerna. Det innebär att återföra vissa typer av beslut från jurister till politiker och samtidigt tydliggöra ansvarsfördelningen mellan folkvalda, myndigheter och domstolar.

1 Ekots lördagsintervju, Sveriges Radio P1, 30 april 2016

Juridifieringen och demokratin

Begreppet *juridifiering* har inom statsvetenskapen och juridiken använts för att ringa in olika förändringar där lagstiftning, jurister och rättstillämpande institutioner har fått större betydelse. Kortfattat kan det beskrivas som *en förskjutning av makt och ansvar från politiker till jurister.*

Tesen i denna rapport är att det i Sverige har skett en sådan förskjutning, och att den har gått för långt. Rapporten inleds med ett resonemang om farorna med denna utveckling. Sedan beskrivs översiktligt de grundläggande dragen i den svenska offentliga maktutövningen, varefter två aspekter av juridifieringen belyses: hur svenska politiker har avsagt sig makt och ansvar samt hur de högsta domstolarna har tagit sig ett större mandat. Avslutningsvis presenteras ett antal förslag på reformer för att vända utvecklingen.

Demokrati – ett styrelseskick med öppet slutmål

Begreppet *demokrati* är lika omtyckt som omstritt och statsvetare har funnit åtminstone 500 olika betydelser och användningssätt.[2] Att med auktoritet definiera begreppet är därmed omöjligt. I den senaste statliga demokratiutredningen valde ordföranden Olle Wästberg att definiera begreppet som *"i första hand formen för beslut som utgår från folket"*.[3]

Wästbergs definition sätter fokus på demokratin som en process med ett *öppet slutmål*. Han knyter därmed an till en demokratiuppfattning som haft starkt stöd i Sverige och som ofta härleds till statsvetaren och publicisten Herbert Tingsten. I sin bok *Demokratiens problem* från 1945 formulerade han sina tankar om demokratin som en s.k. överideologi:

Tron på demokratin är icke en politisk åskådning i samma mening som exempelvis konservatism, liberalism och socialism. Den innebär en uppfattning om statstyrelsens form, om tekniken för politiska avgöranden, icke om de statliga beslutens innehåll och samhällets struktur […] En demokrat måste försvara och stödja en statsordning, vars verksamhet ofta står i motsättning till hans allmänpolitiska åsikter.[4]

Idén att demokratin saknar slutmål är utmanande. Den förutsätter ett *pluralistiskt* politiskt samtal där det finns en acceptans bland deltagarna för att man inte alltid får sin vilja igenom. Premissen för en sådan acceptans är att medborgarna i grunden uppfattar det som *moraliskt legitimt* att hysa olika uppfattningar.

Hotet från populismen

I dag hotas en sådan demokratisyn av rörelser som gör anspråk på att e*nsamt representera det äkta folket.* Dessa rörelser anser i grunden inte att det är moraliskt legitimt att hysa andra uppfattningar än deras. Ledare och partier med en sådan politisk praktik har i dag regeringsmakten i många länder, däribland USA, Ryssland, Turkiet, Ungern, Polen och Slovakien.

Den tyske statsvetaren Jan-Werner Müller menar att det är denna *principiella antipluralism* som definierar populismen som ideologi. I boken *Vad är populism*?[5] visar han hur anspråket på att ensamt företräda det äkta folket leder populisterna till att kritisera eliter och institutioner för att vara korrupta och manipulerade snarare än att diskutera den förda politiken. I stället för att betrakta meningsmotståndarna som politiska konkurrenter exkluderar populisten dem och deras väljare från det "äkta" folket.

Faran med populismen ligger i vad som händer när deras politiska företrädare får verkligt inflytande. Eftersom de betraktar all opposition som i grunden illegitim, särskilt när de själva faktiskt har vunnit makten, anser sig populisterna kunna göra anspråk på *hela staten* och också aktivt använda statsapparaten för att motarbeta andra partier, civilsamhälle och medier. Populisten anser själv att dessa åtgärder är explicit moraliskt rättfärdiga: i en demokrati ska folket ta "sin" stat i besittning.[6]

Jan-Werner Müllers slutsats är att det inneboende anspråket på att ensamt företräda det äkta folket leder populisten till att i ledande ställning sätta demokratiska kärnvärden som yttrandefrihet och rättssäkerhet på undantag. Samtidigt som populisten argumenterar

---

2 Se t.ex. David Collier och Steven Levitsky, "Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research" i tidskriften World Politics, vol. 49 nr 3, april 1997

3 *Låt fler forma framtiden! Forskarantologi*, SOU 2015:96, s. 3 (förordet)

4 Herbert Tingsten, *Demokratiens problem*, 1945, s. 42

5 Jan-Werner Müller, *Vad är populism?* En essä, 2016

6 Müller (2016), s. 151

på ett sätt som låter demokratiskt hotar dess politik i praktiken därmed den pluralistiska grunden för demokratin.

Vikten av att förankra demokratin

Jan-Werner Müller menar att det enda sättet att förhålla sig till den framväxande populismen är att så länge den befinner sig i opposition ”ha is i magen och hela tiden eftersträva diskussion”.[7] Effekten blir annars att man anammar populistens anti-pluralism. Hur personligt oangenämt eller politiskt oaptitligt det än må vara, bör man därför ta populisten och dess anhängares krav på allvar.[8]

Vikten av diskussion och lyssnande betonas också av den irländske statsvetaren Peter Mair. Han har beskrivit hur de ”västerländska” politiska partierna har förändrats och hur deras funktion som länk mellan medborgarna och de styrande har försämrats.[9] De klassiskt statsbärande partierna har kommit att i alltför hög grad agera ansvarsfullt (*responsible*) i stället för lyhört (*responsive*) vilket har ökat avståndet till väljarna och gjort att politik uppfattas som en syssla förbehållen yrkespolitiker.[10] Samtidigt har ett utrymme lämnats till partier som entydigt betonar responsivitet mot folkopinionen.

Såväl Müller som Mair understryker vikten av att de styrande genom den politiska diskussionen ständigt försvarar, förklarar och förankrar den förda politiken samtidigt som de lyssnar på väljarna och omsätter deras krav i politiska lösningar.

Teknokratins lockelse och risk

Peter Mairs beskrivning av utvecklingen tycks stämma väl in på Sverige. De svenska väljarna identifierar sig i allt lägre grad med de politiska partierna[11] samtidigt som partiernas medlemmar över tid blivit allt mindre representativa för svenska folket i stort.[12] Partiledningarna försöker därför i allt högre utsträckning att tillfredsställa väljarnas i stället för partimedlemmarnas åsikter. En viktig del i detta är att partierna betonar *kompetensen* hos sina politiska företrädare, något som väljarna också i allt högre grad tycker är viktigt.[13] Partiernas roll som förmedlande och förankrande länk minskar.

Vissa har menat att denna utveckling talar för att minska de folkvaldas makt till förmån för renodlade expertmyndigheter.[14] Om väljarna värdesätter kompetens och samtidigt inte känner sig representerade av de politiska partierna borde väl det tala för expertstyre? Komplexa frågor med långsiktiga effekter, som skattesystem och miljöregleringar, kanske ändå inte lämpar sig för förhandlingar och politiskt spel? De folkvaldas roll kan väl begränsas till efterhandskontroll och tillsyn?

På ett antal områden har Sverige också slagit in på en sådan väg. Riksdagens budgetregler och överskottsmål, inrättandet av en oberoende riksbank och medlemskapet i EU har minskat svenska politikers makt. Samma utveckling har också skett på ett antal sakpolitiska områden, t.ex. infrastruktur, skola, migration, sjukvård, miljö, övervakning och bostadspolitik. Politiker har fått färre verktyg för att driva sin politik.

Dessa *teknokratiska* lösningar är dock förknippade med risker. För när politiker avsäger sig möjligheten att tillfälligt kunna underbalansera en budget, besluta om etableringen av en skola, en vårdcentral eller ett kalkbrott, bestämma vem som ska få asyl, ifall en varg ska få skjutas, om en övervakningskamera ska sättas upp eller var det ska byggas bostäder till vilka hyror, avsäger de sig också rollen att försvara och förankra politiken bakom beslutet. När politiker i stället hänvisar till expertmyndigheter eller till EU är risken stor att de politiska vägval och skäl som finns bakom besluten inte kommer fram och att eventuell kritik inte kommer riktas mot den som faktiskt fattade beslutet utan mot ”systemet” som sådant.

Och egentligen är det inte så konstigt. Legitimitet skapas genom att det finns kunskap

---

7 Müller (2016), s. 111
8 Müller (2016), s. 152
9 *Peter Mair, Ruling the void – the hollowing of western democracy,* 2013
10 Se även Peter Mair, *Representative versus Responsible Government,* Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, MPIfG Working Paper 09/8, 2009
11 Henrik Oscarsson och Sören Holmberg, *Svenska väljare,* 2016, s. 339
12 Magnus Hagevi och Karl Loxbo, *Partierna och demokratin efter medlemsnedgången,* SOU 2015:96 s. 56
13 Oscarsson och Holmberg (2016), s. 168-171
14 För ett utvecklat resonemang i denna riktning se t.ex. Alan S Blinder, ”Is Government too political?” *Foreign Affairs,* November/December 1997

om hur sambandet mellan makt och ansvar ser ut. Eftersom partiernas länkande förmåga minskar behöver politikerna i högre grad förklara, försvara och förankra politiken direkt med väljarna.

Juridifiering är en del av den teknokratiska trenden

Den förskjutning av makt och ansvar från politiker till jurister som denna rapport handlar om är en del av den teknokratiska trenden. Rapporten beskriver just hur svenska politiker har avsagt sig uppgifter och överlämnat dem till myndigheter och domstolar. De högsta domstolarna har sedan svarat upp mot de nya uppgifterna men därutöver också agerat för en utveckling i samma riktning. Resultatet är en betydande maktförskjutning, *juridifiering*.

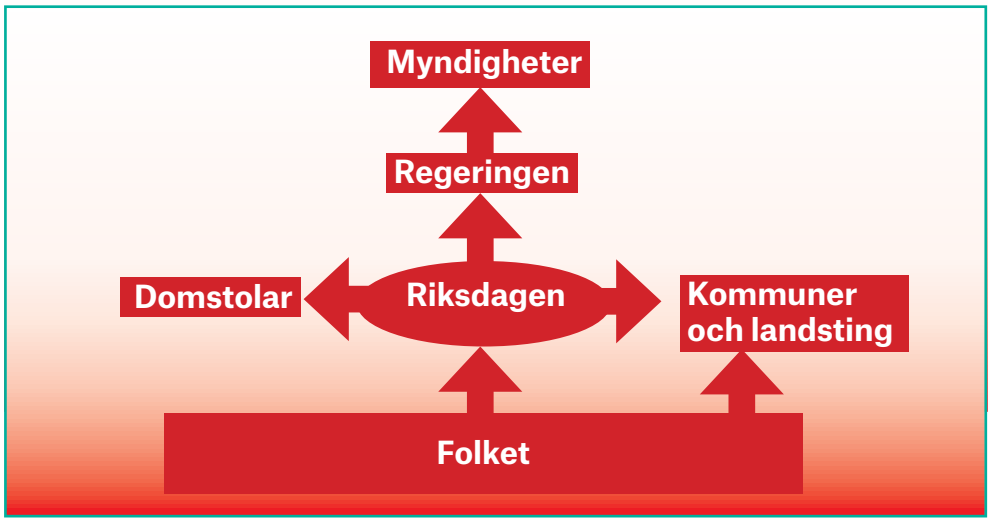
För att rapportens resonemang ska bli mer begripliga beskrivs i nästa kapitel de grundläggande dragen för den svenska offentliga maktutövningen.

Den svenska offentliga maktutövningens grundläggande drag

All offentlig makt utgår från folket

All offentlig makt utgår från folket. Den svenska folkstyrelsen bygger på fri åsiktsbildning och på allmän och lika rösträtt. Den förverkligas genom ett representativt och parlamentariskt statsskick och genom kommunal självstyrelse. Den offentliga makten utövas under lagarna.

Formerna för den svenska demokratin slås fast i regeringsformens första paragraf.[15] Enligt paragrafen får den offentliga maktutövningen sin legitimitet genom att den kan härledas tillbaka till *folket* som valt sina företrädare. Makten ska sedan utövas ”under lagarna” vilket ger uttryck för att Sverige är en rättsstat där politik och förvaltning sker utan godtycke.



Riksdagen, regeringen och myndigheterna

I maktens centrum står riksdagen. I en *parlamentarisk demokrati* kan regeringsmakten endast utövas av en regering som riksdagen tolererar.[16] Historiskt har dock svenska regeringar vinnlagt sig om att ha ett sådant mandat varför regeringen i praktiken kunnat inta rollen som det mäktiga och ledande statsorganet.[17]

Regeringen består av statsministern och de övriga ministrarna som tillsammans styr riket.[18] Formellt har dock varje enskild minister endast liten makt. I Sverige tillämpar vi ett *förbud mot ministerstyre* vilket dels innebär att regeringen fattar alla beslut som ett kollektiv, dels att enskilda ministrar inte direkt kan styra vilka beslut som statens myndigheter fattar.[19]

Det senare är av särskild vikt och ur ett internationellt perspektiv mycket ovanligt.[20] Ibland uttrycks det som att Sverige har ett *dualistiskt förvaltningssystem*. Myndigheterna har i och för sig lydnadsplikt mot regeringen (som kollektiv) men är alltjämt fristående från regeringsförvaltningen.[21] I praktiken innebär det att myndigheterna styrs *indirekt*, genom lagar och regeringsförordningar, genom regleringsbrev samt genom till- och avsättning av myndigheternas generaldirektörer.

---

15 1 kap. 1 § Regeringsformen (1974:152, RF)
16 Ett parlamentariskt system kan i kontrast jämföras med system som bygger på maktdelning. Där är regeringens och riksdagens uppgifter på förhand delade och definierade. Ett typexempel är USA med separata president- och kongressval.
17 Thomas Bull och Fredrik Sterzel, *Regeringsformen – en kommentar,* 2015, s. 48. Perioden efter 2010 är därmed ur ett längre perspektiv speciell då regeringarna befunnit sig i ”verklig minoritet” och därmed haft svårare att få igenom sin politik.
18 1 kap. 6 § och 6 kap. 1 § RF
19 Bull och Sterzel (2015), s. 164
20 Se t.ex. Sten Heckscher, ”Juristerna och makten” i antologin *Svea hovrätt* 400 år, 2014, s. 409 ff
21 Bull och Sterzel (2015), s. 257 ff

Kommunerna och landstingen

Kommunerna och landstingen (härefter kommuner) styrs av folkvalda och har s.k. *kommunal självstyrelse*. De har beskattningsrätt och är ålagda att sköta lokala och regionala angelägenheter av allmänt intresse på den kommunala självstyrelsens grund.[22] Uppdraget kan beskrivas som ett antal av staten tilldelade ansvarsområden samt därutöver en ”fri sektor” där kommunerna kan driva och genomföra sina egna frågor.[23]

Kommunens beslut kan sakprövas av domstol	**Kommunens beslut kan laglighetsprövas av domstol**
Obligatoriska uppgifter T.ex. förskola, skola, äldreomsorg, individ- och familjeomsorg, plan och byggfrågor, renhållning och avfallshantering, vatten och avlopp	**Frivilliga uppgifter** T.ex. fritid och kultur, energi, sysselsättnings-främjande, näringslivsutveckling

Även där kommunernas uppgifter är lagreglerade har kommunerna en viss frihet kring *hur* det ska göras. En viktig distinktion går här mellan kommunala beslut enligt *rättighetslagar* respektive *skyldighetslagar*.[24] I det första fallet kan medborgaren *överklaga* kommunens beslut och få det *sakprövat*. Om domstolen då finner att kommunen tillämpat lagen fel kan domstolen ersätta beslutet med ett nytt beslut, t.ex. vad gäller bygglov eller ekonomiskt bistånd.

I det andra fallet har kommunen i och för sig viss lagstadgad skyldighet men medborgaren kan endast få beslutet *laglighetsprövat*. Domstolen gör då endast en formell granskning av ifall beslutet tillkommit på rätt sätt. Domstolen har då inte mandat att bedöma ifall beslutet är rätt i sak, endast om den kommunala självstyrelsen har utövats enligt lag. Detta förfarande är det normala vad gäller beslut som fattats av kommunfullmäktige, t.ex. om att anta en kommunal taxa.

Domstolarna

Utöver riksdag, regering, förvaltningsmyndigheter, kommuner och landsting finns tre typer av domstolar: *de allmänna domstolarna* som hanterar brottmål och tvister mellan enskilda, *de allmänna förvaltningsdomstolarna* som hanterar relationer och tvister mellan enskilda och det offentliga samt diverse *specialdomstolar* som hanterar olika särskilda frågor.

Inom varje domstolstyp finns det ofta flera *instanser*. Det innebär att domstolarna befinner sig i en hierarkisk relation till varandra och att de delvis har olika uppgifter. *Underrätterna*, t.ex. tingsrätterna och förvaltningsrätterna, prövar då en stor mängd mål i sak medan *överrätterna*, t.ex. hovrätterna och kammarrätterna, främst har att granska underrätternas avgörande och rätta eventuella fel. Överst i hierarkin finns sedan de *högsta domstolarna*, t.ex. HD och HFD, som främst agerar som s.k. prejudikatinstanser.[25]

Allmänna domstolar	**Allmänna förvaltningsdomstolar**	**Specialdomstolar** (urval)
Högsta domstolen (HD) Hovrätterna Tingsrätterna	Högsta förvaltningsdomstolen (HFD, tidigare regeringsrätten) Kammarrätterna Förvaltningsrätterna	Arbetsdomstolen Marknadsdomstolen Mark- och miljödomstolarna Migrationsdomstolarna Patentbesvärsrätten

Strukturen hänger samman med vad som övergripande kan beskrivas som två skilda uppgifter för domstolarna: *rättskipning* och *normgivning*. Med rättskipning avses då när domstolarna avgör enskilda fall medan normgivning avser när domstolen slår fast rättsregler

22 Bull och Sterzel (2015), s. 20 och 48
23 Lindquist, Olle Lundin, Tom Madell, *Kommunala befogenheter,* 2016, s. 20
24 Lindquist, Lundin, Madell (2016), s. 51
25 Bull och Sterzel (2015), s. 243

som har generell tillämpbarhet. Normgivning sker framför allt i de högsta domstolarna genom vägledande domar, prejudikat, som sedan följs av de lägre domstolarna.

Domstolarnas oberoende stadgas i regeringsformen och ingen myndighet, inte heller riksdagen, får bestämma hur en domstol ska döma eller tillämpa en rättsregel.[26] Det gäller både vid rättskipning och normgivning. För att säkra oberoendet har även de enskilda domarna ett särskilt grundlagsskydd och kan inte skiljas från sin anställning på grund av hur de har dömt.[27]

Domarna utses av regeringen, på förslag från *Domarnämnden*. Denna består av ledamöter med erfarenhet från rättsväsendet, majoriteten är själva domare. Regeringen är inte tvingad att följa Domarnämndens förslag men har hittills inte i något fall avvikit från detta.[28]

26 RF 11 kap. 3 § 1 st.
27 RF 11 kap. 7 §
28 Fredrik Wersäll, ”Ökad domarmakt och makten över domstolarna”, *SvJT* 2017, s. 1

Juridifiering genom politiska beslut

Folkvalda har avsagt sig vissa frågor

De senaste 30 åren har en mängd bedömningar och beslut som tidigare fattades av folkvalda flyttats över på myndigheter och domstolar. De tydligaste exemplen är den nya miljöbalken[29], plan- och bygglagstiftningen[30] samt utlänningslagen .[31] Inom dessa områden har frågor som tidigare ytterst avgjordes av regeringen eller av kommun- och landstingspolitiker kommit att i stället ytterst avgöras av domstolar.

Utvecklingen har inneburit att frågor som tidigare främst betraktades som ”politiska” i stället blivit ”juridiska”, t.ex. ifall ett visst naturområde ska få exploateras för näringsverksamhet, ifall kameraövervakning ska få ske, om ett visst byggprojekt ska få genomföras eller ifall situationen i ett visst land är sådant att det berättigar personer därifrån asyl i Sverige. Domstolarna har därmed också fått hantera nya frågeställningar med tydligare *avvägningar* mellan olika samhälleliga intressen.[32]

Tydligast blir denna ansvarsförskjutning på kommunal nivå, där också utrymmet för *hur* politikerna kan genomföra ett visst obligatoriskt politikområde minskat. Utvecklingen är en följd av att fler kommunala beslut, vilka tidigare endast var föremål för laglighetsprövning, har blivit möjliga att få sakprövade i domstol. Det gäller särskilt på plan- och byggområdet men har även skett vad gäller rätten till vissa förmåner, t.ex. skolskjuts eller vissa stödinsatser i skolan.[33]

Att fler beslut blivit möjliga att få prövade i domstol innebär, utöver att domstolarna fått en viktigare roll, en sammantaget starkare ställning för enskilda i relation till det allmänna. Som huvudregel kan beslut som gynnar en enskild inte heller ändras vilket innebär en rättslig asymmetri till den enskildes fördel. En enskild kan lita på att ett visst gynnande beslut gäller även om det egentligen skulle vara mer förmånligt än vad lagen stadgar.[34]

EU-medlemskapet leder till en juridifiering

De politiska beslut som ledde fram till att Sverige 1995 blev medlem i EU har också bidragit till juridifieringen. Som EU medlem har Sverige överlämnat behörigheten att lagstifta inom vissa områden och tillämpar där i stället den *unionslagstiftning* som EU antagit. Konkret innebär det att unionsrätten inom dessa områden har företräde framför svensk rätt och att det där skett en maktförskjutning från riksdagen till EU:s institutioner.[35]

I centrum av dessa institutioner står EU-domstolen. Eftersom unionsrätten skapas i olika förhandlingar är den ofta avsiktligt vag och grundad på övergripande principer. Det innebär att den ofta måste tolkas vilket ger EU domstolen en särställning. I praktiken är det därför ofta i domstolen som EU-lagstiftningen får sitt konkreta innehåll.[36]

Valet av lagstiftningsteknik förstärker utvecklingen

Medlemsstaterna kan i viss mån dämpa EU:s juridifierande effekt genom att *tillvarata det nationella handlingsutrymmet* i EU-lagstiftningen. Därigenom kan medlemsstaten vinnlägga sig om att utöva politiskt inflytande inom de unionsrättsliga ramarna. Det innebär inte att det är möjligt att gå utanför vad EU-rätten stadgar men att precisera lagstiftningens nationella innebörd inom detta rättsliga utrymme.

Hittills har dock den svenske lagstiftaren ofta försummat denna möjlighet genom att i stället lagstifta så nära EU-lagstiftningens ordalydelse som möjligt.[37] Därmed har riksdagen valt att ge bort mer makt än nödvändigt. Dessutom innebär lagstiftningstekniken att man byggt in EU-rättens vaghet även i den svenska lagstiftningen med följden att poli-

---

29 Miljöbalk (1998:808), trädde i kraft 1 januari 1999
30 Plan och bygglag (2010:900), trädde i kraft 2 maj 2011
31 Utlänningslagen (2005:716), trädde i kraft 31 mars 2006
32 Se t.ex. Fredrik Wersäll, *SvJT* 2017, s.1
33 Se t.ex. prop. 2009/10:165 *Den nya skollagen – för kunskap, valfrihet och trygghet*
34 Se för ett utvecklat resonemang t.ex. SOU 2010:29, *En ny förvaltningslag,* s. 550 ff
35 Ulf Bernitz, *Europarättens grunder,* 2014, s. 100. Det kan tilläggas att unionsmedlemskapet också lett till en maktförskjutning från riksdagen till regeringen eftersom det är regeringen som företräder Sverige i europeiska rådet, se t.ex. SOU 2016:10, *EU på hemmaplan,* s. 37
36 Se t.ex. Ulf Bernitz (2014), s. 194 ff
37 Se t.ex. Lagrådets yttrande över förslaget om nytt regelverk vid upphandling, den 12 februari 2016

tiker, myndigheter och domstolar inte vet lagstiftningens innebörd innan det har skapats prejudikat på området.

Att denna lagstiftningsteknik förstärker juridifieringen blir särskilt tydligt i kommunerna. Ca 60 procent av alla ärenden på ett kommunfullmäktigemöte påverkas direkt eller indirekt av EU.[38] Det handlar om att kommunerna ofta är tillsynsmyndigheter för omfattande EU reglering men också om att kommunernas tidigare ”fria sektor” har påverkats, t.ex. genom reglerna om offentlig upphandling och statsstöd.[39]

Ifall den lag kommunerna har att tillämpa är otydlig uppstår ett besvärligt läge. Endast 120 av Sveriges 290 kommuner har en egen jurist anställd[40] samtidigt som vissa beslut kan vara avgörande för kommunens verksamhet, t.ex. vad gäller avfallshantering eller upphandling av äldreomsorg. Fel beslut kan då vara förknippade med höga kostnader, både ekonomiska och politiska.

Detta medför att kommunpolitikerna får förlita sig på juridiska experter, ofta från *Sveriges Kommuner och Landsting* (SKL) eller från specialiserade advokatbyråer. För en enskild politiker krävs det då stort mod att våga gå emot dessa experters tolkning av lagstiftningen. I praktiken blir det därför experterna som bestämmer hur viss lag tillämpas. Denna tillämpning blir i sin tur sällan föremål för domstolsprövning, varför man aldrig får veta om rättsregeln faktiskt tillämpades på ”rätt” sätt.

Liknande fenomen uppstår även i riksdagen. Den stora mängden unionsrätt som ska genomföras innebär att betydande resurser går till dessa lagstiftningsprojekt. Det ställer stora krav på riksdagens ledamöter att då förstå vad i olika lagförslag som är möjligt att påverka. Det finns då en risk att ledamöter avstår från att driva sin politik därför att de tror att det är rättsligt omöjligt.

Europakonventionen

Jämte EU-medlemskapet är den *Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna* (Europakonventionen) särskilt betydelsefull för den juridifierande utvecklingen. Genom att Sverige införlivat konventionen i svensk rätt har det införts nya begränsningar för vad som är en ”tillåten nationell rättsutveckling”[41] och därmed också för vilken lagstiftning riksdagen kan anta och förutsätta att domstolarna upprätthåller. För domstolarna har det inneburit en helt ny rättskälla att förhålla sig till.

Folkrättsligt blev Sverige bunden av Europakonventionen redan 1952 men det var först i början av 1980-talet som en diskussion på allvar startades om konventionens status. Sverige hade då fällts i *Europadomstolen* vilket startade den process som ledde fram till att konventionen 1995 blev svensk lag samt till att det i regeringsformen stadgades att lagstiftaren inte får anta annan lag i strid med konventionen.[42]

Innehållsmässigt är Europakonventionen framför allt en rättighetskatalog med s.k. negativa rättigheter. Dessa karaktäriseras av att de stadgar rätten för enskilda att slippa utsättas för något. Typexempel är rätten att slippa tortyr och rätten att fritt få ingå i föreningar. En konventionsstats primära uppgift är alltså att avhålla sig från att handla så att staten bryter mot konventionen.

Men Europakonventionen kräver också att konventionsstaten *agerar* så att medborgarna kommer i åtnjutande av konventionsrättigheterna. Därmed följer även vissa skyldigheter för staten, t.ex. att genomföra tillräcklig lagstiftning och inrätta effektiva offentliga organ.[43] Så gäller t.ex. för att uppfylla konventionens artikel 6 om *rätten till en rättvis rättegång,* vilken är ett skäl till att fler kommunala beslut blivit överklagbara till förvaltningsdomstol.[44]

Genom att 1995 göra Europakonventionen till svensk lag ålade lagstiftaren framför allt *sig själv* att se till att annan lagstiftning var förenlig med konventionen.[45] Men lagstiftar-

---

38 SOU 2016:10, s. 58
39 Se t.ex. SOU 2015:24 *En kommunallag för framtiden,* s. 355 ff och 367
40 SKL 2016
41 Se t.ex. NJA 2012 s. 1038, punkten 15
42 Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna respektive 2 kap. 19 RF.
43 Se för ett utvecklat resonemang t.ex. SOU 2010:87, *Skadestånd och Europakonventionen,* s. 150 ff
44 Se t.ex. SOU 2015:24, *En kommunallag för framtiden,* s. 478
45 Se t.ex. Anders Eka, *Domstolarna i samhället i antologin Svea Hovrätt 400 år,* s. 377

en ville också att det skulle bli möjligt att direkt tillämpa konventionen i svensk domstol.[46] Som en del i detta befästes principen om s.k. *fördragskonform lagtolkning* enligt vilken en domstol, om det är möjligt, ska försöka undvika att tolka annan svensk lag så att tillämpningen strider mot konventionen.[47] Genom denna tolkningsprincip gavs Europakonventionen och även Europadomstolens praxis en mycket hög status som rättskälla, högre än förarbeten, doktrin samt även äldre svensk rättspraxis.[48]

Detta har tydliggjorts i ett antal uppmärksammade avgöranden från Högsta domstolen. I det s.k. *Pastor Green-målet* ogillades t.ex. ett åtal för hets mot folkgrupp med motiveringen att det var sannolikt att Europadomstolen skulle ha funnit att en fällande dom skulle ha kränkt Europakonventionen. HD tolkade därför brottsbalkens bestämmelse mer restriktivt än ”vad dess förarbeten ger för handen för att en konventionsenslig tillämpning skall uppnås”.[49]

Ett annat avgörande gällde möjligheten för en enskild att få s.k. ideellt skadestånd från staten för långsam handläggning i domstol. I den s.k. *Lundgren-domen* utsträckte HD den enskildes möjlighet till skadestånd, utöver vad som kunde utläsas ur skadeståndslagen, för att säkerställa att den enskilde inte ställdes utan rättsmedel, vilket kunde innebära konventionsbrott.[50]

Utvecklingen i praxis har därmed inneburit att domstolarna har försökt undvika att hamna i ett läge där Sverige skulle kunna fällas i Europadomstolen. Men HD har därifrån också utvecklat en ordning där man direkt tolkar konventionen och ger den ett *självständigt svenskt innehåll.*[51]

Det ankommer […] på domstolen att göra en egen bedömning av den innebörd som artiklarna i konventionen har. Det innebär att bestämmelserna kan tolkas och preciseras så att de ger en enskild längre gående rättigheter enligt svensk rätt än enligt vad som följer av konventionen och Europadomstolens hittillsvarande praxis. Detta förhållningssätt leder till att i takt med utvecklingen av den svenska rättsbildningen kommer Europadomstolens praxis att få allt mindre betydelse när det gäller tillämpningen av Europakonventionen såsom svensk lag. Dess relevans kommer främst att ligga i att den sätter gränser för vad som är en tillåten nationell rättsutveckling. Att rättsbildningen håller sig inom konventionens gränser ankommer såvitt gäller de allmänna domstolarnas kompetensområde främst på HD att vaka över.

Därmed har Europakonventionen i dag närmast en konstitutionell status då de högsta svenska domstolarna, jämte grundlagarna, tillämpar konventionens rättighetskatalog direkt vid sina bedömningar. Konventionen och Europadomstolens praxis har dock inte *företräde*, vid en normkonflikt med svensk grundlag får konventionen alltjämt stå tillbaka.[52]

Uppenbarhetsrekvisitet

Sveriges inträde i EU och införlivande av Europakonventionen skedde tidsmässigt parallellt och föranledde då en rättspolitisk debatt om ifall förändringarna var förenliga med formerna för statsskicket. En del av denna debatt rörde frågan om *normprövning*, d.v.s. domstolarnas skyldighet att underlåta att tillämpa lag eller förordning därför att den står i strid med en *överordnad norm*. Med EU-medlemskapet och införlivandet av konventionen fanns ju risken att det skulle uppstå nya konflikter mellan normer på olika nivåer.

Debatten om normprövningen var dock egentligen sekellång, då främst med relationen lag/grundlag i fokus.[53] Kortfattat kan den sammanfattas i två ståndpunkter där den ena,

---

46 Prop. 1993/94:117, *Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor,* s. 33
47 Se prop. 1993/94:117 s. 37
48 Se t.ex. Iain Cameron, ”Normkonflikter och EKMR”, *SvJT* 2007, s. 854
49 NJA 2005 s. 805
50 NJA 2005 s. 462
51 NJA 2012 s. 1038 p. 15
52 För att ytterligare komplicera bilden har dock sedan 2009 även EU en rättighetsstadga vilken ska tolkas konformt med konventionen. Den fulla betydelsen av detta är dock ännu svår att avgöra. Bull och Sterzel (2015), 57–58 samt 88
53 Se för en historisk överblick t.ex. Johan Hirschfeldt, ”Domstolar och domare i Sverige – ett utvecklingsperspektiv på domstolar och domare från mitten av förra seklet till i dag” och Anders Eka, ”Domstolarna i samhället” i antologin *Svea hovrätt 400 år*, s. 119 ff respektive s. 369 ff. Se också Johan Hirschfeldt, ”Domstolarna som statsmakt – några utvecklingslinjer” i *Kungl. vitterhets-, historie- och antikvitetsakademiens årsbok 2007,* s. 145 ff

klassiskt socialdemokratisk, velat framhäva riksdagens principiella överhöghet och den andra, klassiskt borgerlig, velat markera vikten av ett skydd för enskilda mot staten, mot tillfälliga riksdagsopinioner och mot undermålig lagstiftning.

På 1950-talet löste domstolarna denna konflikt genom att i praxis införa ett s.k. *uppenbarhetsrekvisit*. Innebörden var att domstolarna i och för sig skulle underlåta att tillämpa lagar och förordningar som stred mot grundlag men endast om felet var uppenbart. Detta rekvisit skrevs sedan in i regeringsformen 1980.

Efter den stora grundlagsreform som trädde i kraft 2011[54] fick bestämmelsen om normprövning en ny utformning. Själva uppenbarhetsrekvisitet ströks och i stället skrevs den rättspolitiska konflikten in i själva lagtexten. I 11 kap. 14 § RF anges därför i dag följande.

Finner en domstol att en föreskrift står i strid med en bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning får föreskriften inte tillämpas. Detsamma gäller om stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid föreskriftens tillkomst.

Vid prövning enligt första stycket av en lag ska det särskilt beaktas att riksdagen är folkets främsta företrädare och att grundlag går före lag.

Formuleringen är resultatet av en kompromiss mellan olika politiska perspektiv i riksdagen och kan också tolkas olika. Innebörden får dock anses vara en stärkt normprövningsskyldighet för domstolarna, särskilt när det gäller brott mot enskildas fri- och rättigheter.[55]

54 Prop. 2009/10:80 *En reformerad grundlag*

55 Bull och Sterzel (2015), s. 254-255. Den nya bestämmelsen har tillämpats i NJA 2015 s. 298 där HD underlät att tillämpa en bestämmelse i den s.k. skyddslagen för att den stred mot yttrandefrihetsgrundlagen. Innebörden var att ett beslag av en journalists minneskort med fotografier hävdes.

Juridifiering genom domstolars beslut

Ovan har beskrivits en utveckling där riksdagen succesivt har överlämnat tidigare ”politiska” avvägningar till myndigheter och domstolar samtidigt som man tydliggjort domstolarnas uppdrag att omtolka och åsidosätta riksdagens beslut om de hamnar i konflikt med överordnade normer, t.ex. regeringsformen eller Europakonventionen. Därutöver har unionsrätten inneburit stora förändringar för såväl lagstiftare som rättstillämpare.

Samtidigt har även Högsta domstolen bidragit till denna utveckling genom en mer *aktivistisk* normbildning. Domstolen tycks ha frångått en tidigare tradition och domarna antagit ett mer frimodigt förhållningssätt till sitt yrke och uppdrag.

Från positivister till aktivister?

Denna förändring måste förstås historiskt. Svenska jurister sägs ofta ha varit utpräglade *rättspositivister och rättsrealister.*[56] Exakt vad som då menas varierar men beskrivningar som återkommer är att svenska jurister har varit skeptiska till begränsningar av riksdagens lagstiftningsmakt, velat göra skillnad på rätt och moral samt också betraktat det som viktigt att gällande rätt grundar sig på klara och precisa *rättskällor*.[57] Som motsatt rättsvetenskaplig ståndpunkt lyfts ibland *naturrätten* fram, där rätt och moral är mer sammankopplat.[58]

Ett uttryck för den svenska traditionen är användandet av relativt detaljerade lagförarbeten. Lagstiftaren har med hög precision beskrivit sin vilja och denna har sedan i hög grad också respekterats av myndigheter och domstolar. Traditionen har passat väl överens med det svenska dualistiska förvaltningssystemet. Eftersom regeringen i detta inte kan direktstyra myndigheterna har regeringarna ett egenintresse av att på förhand tydligt ange hur lagen ska tillämpas. I länder där regeringen ändå löpande styr myndigheternas beslutsfattande är det inte lika viktigt. Där kan regeringarna tvärtom ha drivkraften att inte på förhand vilja begränsa sitt eget handlingsutrymme.

Som vi har sett i tidigare kapitel har den politiska utvecklingen de senaste 30 åren dock gått i en för Sverige ny riktning. I dag grundar sig gällande rätt i högre grad på övergripande principer och normer samtidigt som det kan finnas konflikter mellan olika lagstiftare och normgivare. Den svenske juristen kan inte vidhålla sin traditionella yrkesroll, helt enkelt eftersom rättsordningen och dess systematik är i förändring.

Att juristerna *reagerar* på det förändrade uppdraget är således naturligt. Men det är något annat än att man agerar för en ytterligare förändring i samma riktning. På senare tid har framför allt Högsta domstolen gått i en sådan riktning, vilket har kommit att personifierats av dess nuvarande ordförande Stefan Lindskog.[59]

Konkret handlar det om ett antal domar på framför allt straffrättens och skatterättens områden där HD har fått ovanligt tung kritik, bl.a. från Svea hovrätts ordförande Fredrik Wersäll och justitiekansler Anna Skarhed.[60] I debatten som följt har det sagts att HD agerat *aktivistiskt*, vilket Stefan Lindskog själv hållit med om och också försvarat.[61]

Domstolarnas normgivande roll

För att se nyanserna i denna debatt behöver man utgå från den grundläggande distinktionen i domstolarnas arbete mellan *rättsskipning* och *normgivning*. Med rättskipning avses då när domstolarna avgör enskilda fall medan normgivning avser när domstolarna slår fast rättsregler som har generell tillämpbarhet.

För de högsta domstolarna är normgivning naturligt och nödvändigt, dock alls inte

---

56 T.ex. fördes ett sådant resonemang av konstitutionsutskottets ordförande Andreas Norlén vid Svea hovrätts seminarium *Var går gränsen för domstolarnas maktutövning* den 16 februari 2017. Liknande beskrivningar återfinns också i Ulf Bernitz (2014), s. 194, Karin Åhman, *Normprövning,* 2011, s. 43, Iain Cameron, ”Den svenske domaren och internationella normer – några reflektioner” i antologin *Svea hovrätt* 400 år, s. 503 ff samt i en debatt mellan Carl Josefsson och Joakim Nergelius i *Svensk Juristtidning* 2015, s. 40, 85 och 218.

57 Se t.ex. Torben Spaak, ”Rättspositivism och juridisk metod” i Korling & Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, 2013. Se också t.ex. Johan Munck, ”Högsta domstolen som normbildare” i antologin *Svea hovrätt 400 år*, s. 187 ff

58 För ett försvar av naturrätten, se Mårten Schultz, ”Naturrätt” i Korling & Zamboni (2013)

59 Se t.ex. personporträttet ”Aktivisten” i tidningen *Fokus*, Nr 9 2016, s. 21–29

60 T.ex. Fredrik Wersäll, ”En offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning”, *SvJT*, 2014 s.1. Även radioprogrammet I lagens namn, Sveriges Radio P1, 24 juli 2016

61 T.ex. i radioprogrammet Ekots lördagsintervju, Sveriges Radio P1, 21 november 2015

okontroversiellt. Till skillnad från ledamöterna i riksdagen kan de enskilda domarna inte avsättas ifall de styr rättsutvecklingen i en riktning som ogillas av medborgarna. Som rättsskapande process har dessutom prejudikatbildningen tydliga brister då alla omständigheter aldrig kan utredas lika grundligt som genom ett ordinarie lagstiftningsförfarande. Det gäller inte minst möjligheterna att använda sig av remissinstitutet för att få en allsidig belysning av en viss fråga. Domstolarnas legitimitet vilar också ytterst på att de upprätthåller rätt som skapats av andra.[62]

Graden av hur kontroversiellt ett visst normgivande prejudikat är varierar dock och kan beskrivas som en skala. Från den mindre kontroversiella situationen att domstolen *fyller ut rätten* till den mer kontroversiella att domstolen *ändrar gällande rätt*. Vidare påverkar också domstolens skäl till normgivningen, särskilt i relation till lagstiftaren.

	Mindre kontroversiellt			Mer kontroversiellt
Vad	Utfyllande rättsbildning			Ändring av gällande rätt
Varför	Lagstiftaren har lämnat rättsbildning till domstolarna	Lagstiftaren har inte förutsett en viss situation/ fenomen	Domstolen anser att lagstiftaren är för passiv	Domstolen agerar mot lagstiftarens vilja

Situation 1 – lagstiftaren har lämnat rättsbildning till domstolarna

Minst kontroversiellt på denna skala är situationen när lagstiftaren medvetet *har lämnat rättsbildningen till domstolarna* för att hitta lämpliga lösningar. Så är vanligt inom vissa rättsliga områden, som t.ex. civilrätten och skadeståndsrätten. Lagarna är här av allmän karaktär och rätten bygger till stor del på praxis.[63]

Situation 2 – lagstiftaren har inte förutsett en viss situation/fenomen

Något mer kontroversiellt är den andra situationen när lagstiftaren inte har förutsett en händelse eller när något helt nytt har uppstått som saknar reglering. Domstolarna möter då ofta fenomenet innan lagstiftaren och kan då inte välja att lämna frågorna obesvarade.

Domstolen har i det läget att välja mellan att agera som normbildare eller att mer passivt konstatera att reglering förvisso saknas och behövs men att det är en uppgift för lagstiftaren. Beroende på omständigheterna kan det ena eller det andra alternativet vara mer eller mindre uppseendeväckande.

Ett konkret fall rörde möjligheten att servera alkohol i pausen av en operaföreställning som sändes digitalt från Metropolitan i New York.[64] Det var enligt lagen möjligt att få serveringstillstånd för pausservering vid analoga teater- och operaföreställningar men det framgick inte vad som skulle gälla vid denna nya företeelse. Huvudregeln var annars enligt lagen att det för alkoholtillstånd krävdes att man serverade lagad mat.

Två av Regeringsrättens fem justitieråd menade att alkoholtillstånd inte skulle beviljas utan att huvudregeln om kravet på lagad mat skulle tillämpas: ”Det får […] anses vara lagstiftarens sak att göra de avvägningar som behövs och i förekommande fall utforma kriterier för att utsträcka alkoholservering till nya miljöer.”

Men regeringsrättens majoritet såg saken annorlunda och utsträckte undantagets tillämpningsområde så att serveringstillstånd fick beviljas. Före detta justitierådet Sten Heckscher har sagt om beslutet att ”Lagstiftaren tar sig inte an en massa sådana där små saker. Att gå in och göra lagändringar här, det tror jag inte är aktuellt. Därför tycker jag att det är rimligt att de högsta instanserna tar sig vissa friheter och justerar på kanten.”[65]

I detta ganska udda mål ryms en viktig fråga kring domstolarnas normbildande roll: hur man *bedömer* lagstiftningsprocessen och lägger denna bedömning till grund för ställningstagandet kring behovet av normgivning.

---

62 Se t.ex. Pauliine Koskelo, ”Domare, lagstiftare och professorer”, SvJT, 2014, s. 619 ff
63 Se t.ex. SOU 2010:87, *Skadestånd och Europakonventionen,* s. 65 ff
64 RÅ 2010 ref. 68
65 Reportaget *Politik och juridik,* tidningen Advokaten, nr 7, 2012

Situation 3 – domstolen anser att lagstiftaren är för passiv

Detta blir särskilt tydligt vid den tredje, än mer kontroversiella situationen, när domstolen agerar normbildare för att man anser *att lagstiftaren förhåller sig passiv.* Det är framför allt om detta som de senaste årens debatt om HD:s aktivism har handlat. Stefan Lindskog har här uttryckt sin tydliga uppfattning.[66]

[D]et har skett en viss förskjutning från rättsbildning genom lagstiftning till rättsbildning genom prejudikat. Det har bl.a. att göra med att lagstiftaren av olika skäl på vissa områden har förhållit sig passiv […] Förutsatt att rättsläget inte är "låst" genom lag är det inte bara naturligt, utan det är många gånger nödvändigt att de högsta domstolarna tar ansvar för rättsbildningen, när de anpassningar eller förändringar i rättsläget som omständigheterna påkallar inte möts med lagstiftning […] Eftersom lagstiftaren kan ingripa om de högsta domstolarna går för långt i sin prejudikatverksamhet […] kan en sådan rättsbildning redan av det skälet inte anses stå i strid mot de grundläggande maktfördelningsprinciper som bör gälla i en demokrati.

Stefan Lindskog utvecklade också denna ståndpunkt i en intervju där han bekräftade att HD medvetet har antagit en ny, mer aktivistisk, linje, eftersom lagstiftaren inte tar fram nödvändig lagstiftning.[67] Lindskog menade att skälet till lagstiftarens passivitet var den stora arbetsbelastning det innebär att genomföra unionsrätten till svensk lag och han tyckte inte att HD:s nya hållning var något större problem eftersom lagstiftaren ändå i efterhand skulle kunna ändra lagen om rättsutvecklingen tagit en annan vändning än lagstiftaren önskade.

Det sista argumentet är av särskild vikt och omdiskuterat. För det är lätt att se att HD kan fälla avgöranden som lagstiftaren *inte alls* kan korrigera. Så är t.ex. fallet när HD fattar beslut som konkret påverkar samhället på ett sätt som inte i efterhand kan återställas eller när HD tolkar och *därmed bestämmer* innehållet i de rättskällor som är överordnade vanlig lag, som innebörden av regeringsformen eller Europakonventionen. En viss tolkning innebär ju då att lagstiftaren sedan inte kan ändra denna med annat än att uttryckligen argumentera för att HD:s tolkning är fel. Det är då inte säkert vems tolkning som då sedan skulle upprätthållas av andra domstolar.

Ett sådant avgörande, där lagstiftaren inte i efterhand kan korrigera HD:s beslut, gällde *dubbelbestraffning vid skattebrott*. I Sverige hade enskilda tidigare under lång tid kunnat tilldömas att först betala skattetillägg och sedan *också* dömas för brott mot skattebrottslagen. Frågan var ifall denna ordning var förenlig med det s.k. dubbelbestraffningsförbudet enligt Europakonventionen och EU-stadgan.

Denna fråga var inte ny utan hade länge diskuterats och också varit föremål för flera avgöranden. I februari 2013 fick frågan sedan ett definitivt svar genom ett avgörande i EU domstolen[68] varigenom Sverige behövde ändra sin ordning. Detta bekräftades sedan av HD i ett avgörande i juni 2013.[69]

Så långt tycks de flesta domare och experter vara överens om att HD:s agerande var väntat. Men sedan överaskade HD genom att i juli 2013 också besluta att bevilja samtliga personer som dubbelbestraffats efter 2009 *resning*.[70] HD underkände därmed *retroaktivt* tidigare fällande domar och beslutade i praktiken att en stor mängd dömda personer skulle släppas ur fängelse.[71]

Det anmärkningsvärda med avgörandet var att HD använde Europakonventionen för att införa en helt ny resningsgrund, utan att konventionen krävde detta. Det normala vid ändrad rättstillämpning är annars att ny praxis endast binder domstolarna framåt i tiden.[72]

Särskilt anmärkningsvärt blev HD:s agerande då Europadomstolen den 15 november 2016 i ett avgörande mot Norge[73] modifierade sin tidigare praxis genom att tillägga att dubbla sanktioner för samma skattebrott visst kunde vara förenligt med Europakonven-

---

66 Se Stefan Lindskogs särskilda yttrande i NJA 2012 s. 535
67 Ekots lördagsintervju, Sveriges Radio P1, 21 november 2015
68 Det s.k. *Åkerberg Fransson-målet* (C-617/10)
69 NJA 2013 s. 502
70 NJA 2013 s. 746
71 I dag har över 40 personer släpps ur fängelse och över 600 resningsansökningar inkommit, *I lagens namn,* Sveriges Radio P1, 24 juli 2016
72 Fredrik Wersäll, *SvJT* 2014 s. 1 ff
73 Europadomstolens dom 15 november 2016, A och B mot Norge, nr 24130/11 och 29758/11

tionen *om det fanns en tillräckligt nära koppling i sak och tid mellan förfarandena*. I efterhand kan det ifrågasättas om den dramatiska svenska rättsutvecklingen alls var nödvändig.[74]

Situation 4 – domstolen agerar mot lagstiftarens vilja

Slutligen har vi den fjärde och mest kontroversiella situationen, där lagstiftaren har uttryckt sin vilja men där domstolen väljer att inte tillämpa den. Även på detta område har HD på senare tid flyttat fram sina positioner. Det har då gällt ett antal mål på straffrättens område avseende tecknad barnpornografi, narkotika och mord.

I det s.k. *mangamålet*[75] underkände HD kriminaliseringen av icke verklighetstrogen tecknad barnpornografi eftersom domstolen ansåg att en kriminalisering gick utöver vad som var nödvändigt med hänsyn till straffbestämmelsens ändamål. Avgörandet gick direkt mot lagstiftarens uttryckta vilja.[76]

I den s.k. *mefedrondomen*[77] förändrade HD grunden för hela straffmätningen vid narkotikabrott. Här hade domstolarna, inklusive HD, under en längre tid utvecklat och upprätthållit en hård praxis efter parametrarna sort och mängd. Denna ordning var föremål för en statlig utredning, vilken dock HD föregick genom att sänka straffen generellt. Regeringen och dåvarande justitieminister Beatrice Ask var tydligt missnöjd och uttalade att ”Vi har fått en omprövning i domstolarna som skickar signalen att vi har blivit mindre restriktiva i synen på narkotikabrott. Det är inte vad regering och riksdag har tänkt sig”.[78]

Mest uppmärksammat blev dock ett avgörande från HD i februari 2016 gällande mord.[79] Det var då första gången som HD tillämpade den nya lag som antagits 2014 i syfte att *höja* straffen för mord. HD ansåg dock inte att detta tillräckligt tydligt framgick av lagtexten, även om det framgick från lagens förarbeten. Därmed dömde HD enligt tidigare praxis.[80]

---

74 Se t.ex. Fredrik Wersäll, SvJT 2017 s. 1 ff. Se även JK:s beslut 3508-16-40 den 16 december 2016 och Skatteverkets rättsfallskommentar dnr 131 96630-17/111
75 NJA 2012 s. 400
76 Se t.ex. Fredrik Wersäll, SvJT 2014 s. 1 ff
77 NJA 2011 s. 357
78 ”Ask vill skärpa straff för narkotikabrott”, Dagens Nyheter den 30 maj 2013
79 NJA 2016 s. 3
80 Se för ett längre resonemang t.ex. Martin Sunnqvist, ”Mord, prejudikattolkning och lagtolkning”, Svensk Juristtidning 2016 s. 541

Sammanfattning, slutsatser och förslag

Sammanfattningsvis har lagstiftare och domstolar i ett samspel bidragit till en maktförskjutning – från folkvalda till myndigheter och domstolar.

Riksdagens roll i detta har varit att succesivt överlämna tidigare ”politiska” sakområden, som t.ex. infrastrukturplanering, miljö, migration och övervakning, till myndigheter och domstolar *samtidigt* som man tydliggjort domstolarnas uppdrag att underkänna riksdagens beslut om de hamnar i konflikt med överordnade normer. Därutöver har man vid genomförandet av unionslagstiftningen tillämpat en lagstiftningsteknik som överlämnat mer makt än nödvändigt till EU:s institutioner.

Samtidigt har HD blivit mer *aktivistisk* i sin normbildning och tydligare agerat när man ansett att lagstiftaren förhållit sig passiv eller antagit lagar som inte nått HD:s ”kvalitetskrav”.[81] Domstolen har också gått i framkant för att införa och befästa det tydligare rättighetstänkandet, enligt vilket domstolar ska åsidosätta eller tolka lag i linje med normer och principer hämtade ur grundlagar, unionsrätten och Europakonventionen.

Flera jurister och domare har välkomnat denna utveckling.[82] I Svea hovrätts jubileumsskrift uttryckte en f.d. domare det som att ”krampen har släppt”.[83] Det tycks ha skett en förändring i de ledande juristernas sinnelag som medger dem ett större utrymme att öppet våga forma rättsordningen snarare än att alltid söka lagstiftarens vilja.

Risker med utvecklingen

Det finns flera risker med denna utveckling. För det första riskerar det att försvåra för väljarna att se vem som faktiskt är ansvarig för ett visst beslut och också kunna ställa de personerna till svars. Därmed kommer inte heller de bakomliggande politiska vägvalen fram och beslutet kan framstå som svårbegripligt. Det kan också riskera att framstå som att den rådande ordningen är omöjlig att politiskt förändra.

För det andra riskerar det leda till att politikernas kunskap om frågorna minskar. Politiker bör inte kunna friskriva sig från att tvingas förklara ett skeende eller beslut genom att skylla ifrån sig på en myndighet eller domstol. Tvärtom efterfrågar väljarna i allt högre grad just kompetens från sina valda företrädare. I detta ligger att förstå och kunna förklara även komplicerade samhälleliga fenomen.

För det tredje riskerar skillnaden mellan de olika politiska alternativen att suddas ut. Om väljarna, rätt eller fel, uppfattar det som att de viktigaste besluten fattas av experter, inte av politiker, sjunker behovet av att sätta sig in i politiken och förstå hur de olika politiska alternativen ser ut. Det riskerar i sin tur att öppna upp för ytterlighetspartier som kan ikläda sig rollen som ”den enda oppositionen”.

För det fjärde riskerar juridifieringen att minska lagens förutsägbarhet och auktoritet. Det kan minska rättsordningens effektivitet och leda till att det utvecklas en *överklagandekultur* där enskilda alltid klagar på alla beslut. Därmed riskerar vi också få en utveckling där personer med resurser att överklaga och driva processer kommer bättre ut än personer utan sådana resurser.

För det femte finns en risk att Europakonventionens status och synen på mänskliga rättigheter undermineras. De nationella domstolarna behöver, utöver att bevaka efterlevnaden av konventionen, utgöra en viss *motmakt* mot de övernationella domstolarna då dessa annars helt saknar det korrektiv som lagstiftande och dömande makt normalt är till varandra.[84] HD:s beslut att införa en ny resningsgrund p.g.a. avgörandena om dubbelbestraffning är ett bra exempel på när en alltför hög grad av lyhördhet mot konventionsrätten i själva verket inneburit att Europakonventionens legitimitet skadats.

För det sjätte, och kanske allvarligast, innebär juridifieringen att domstolarna utsätts för en politisk risk. Den internationella utvecklingen i andra länder visar att det är oerhört

---

81 Stefan Lindskog, *I lagens namn,* Sveriges Radio P1, 24 juli 2016

82 T.ex. vid Svea hovrätts seminarium *Var går gränsen för domstolarnas maktutövning* den 16 februari 2017, vid tankesmedjan Timbros seminarium *Har politikerna abdikerat för juristerna, eller har Sverige fått en nödvändig maktdelning?* den 1 juni 2016. Det är också ett återkommande tema i flera av bidragen i antologin Svea hovrätt 400 år, 2014

83 Krister Thelin, ”En eloge till Tant Svea: alla svenska domares moder” i antologin *Svea Hovrätt 400 år* s. 547 ff

84 Det var också en viktig synpunkt från domaren i Europadomstolen och f.d. presidenten i finska HD Pauline Koskelo vid Svea hovrätts seminarium *Var går gränsen för domstolarnas maktutövning* den 16 februari 2017.

svårt att skydda sig från politiker som vill polemisera mot domstolarna.[85] Man kan bara påminna sig om att svenska domare i dag tillsätts av regeringen. Alltför profilerade, *aktivistiska*, domare riskerar att väcka diskussionen om politiserade domarutnämningar.[86]

Vikten av att upprätthålla och stärka allmänhetens förtroende för att dömandet sker utan politiska hänsyn kan därför inte överskattas. En utveckling där allt fler, allt känsligare, bedömningar hamnar hos domstolarna motverkar ett sådant arbete.

Tre konkreta reformförslag

1. Genomför en översyn av juridifierade rättsområden

Regeringen bör tillsätta en utredning som ser över vilka beslut som tidigare fattades av folkvalda och som i dag fattas av andra. Översynen bör syfta till att återföra ansvar för avvägningar där angelägna allmänna intressen står mot varandra. Som exempel på sådana avvägningar kan nämnas miljö/näringsliv/samhällsbyggnad och skatter/förmåner.

En viktig del i en sådan översyn bör vara värnet av den kommunala självstyrelsen. Majoritetsstyret i kommunerna bör vara långtgående och även kunna innefatta variationer i tillämpningen av det ansvar som staten har tilldelat kommunerna. Formerna för domstolsprövning av kommunala beslut behöver utredas så att enskilda har möjlighet till effektiv kontroll men utan att undanröja möjligheten för kommuner att göra egna politiska prioriteringar.

2. Tillvarata EU-rättens nationella handlingsutrymme

Regering och riksdag behöver ta ett större ansvar för att ange hur unionsrätten ska tillämpas i Sverige. De bör därför byta lagstiftningsteknik och tydligare våga använda det nationella handlingsutrymme som finns i EU-rätten.

Regeringen bör också skapa en *EU-rättsnämnd* som ska kunna avge för svenska myndigheter och kommuner bindande tolkningar av unionsrätten. Förebilden för nämnden bör vara den svenska *Skatterättsnämnden* som i dag ger sådana bindande tolkningar i skattefrågor.

3. Ställ högre krav på konventionsrättens tydlighet

Det behöver ställas högre krav än i dag vad gäller konventionsrättens tydlighet innan domstolar ska omtolka eller underkänna svenska lagar och förarbetsuttalanden. Principen om konventionskonform tolkning behöver i detta syfte ses över.

Politikerna måste ta ansvar för den långsiktiga rättsvården!

Ytterst hamnar dock frågan om juridifieringen i politikernas knä – där politiken måste återta ledartröjan. Den här rapporten är ett försök att starta den processen.

För om inget görs kommer juridifieringen att fortsätta. För närvarande bereds t.ex. ett förslag om att göra barnkonventionen till svensk lag. Förslaget är ett typexempel på när politiken riskerar att bygga in vagheter och oklarheter i lagstiftningen vilket sedan domstolarna kommer vara tvungna att fylla ut med sakinnehåll.[87] Det är att, helt i onödan, ytterligare bidra till juridifieringen.

Likaså finns det visst fog för kritiken mot regering och riksdag att man inte är tillräckligt snabb med nödvändiga nya lagar. Här måste lagstiftaren, och särskilt regeringskansliet, ges tillräckliga resurser för att både kunna hinna med genomförandet av EU-rätten och nödvändig nationell rättsvård.

Därutöver måste politikerna vara tydligare med vad de vill och också ta ansvar för de beslut som de har fattat. I stället för att retirera bakom expertmyndigheter, Europakonvention och EU bör politikerna fortsätta försvara, förklara och förankra den politik man tycker är bra samtidigt som man beskriver hur man tänker göra för att på sikt förändra det som man tycker är dåligt.

---

85 Det var t.ex. budskapet från justitierådet Thomas Bull och professor Iain Cameron vid Svea hovrätts seminarium *Domstolarnas oberoende i en tid av politisk oro* den 16 februari 2017

86 Farhågor för en sådan utveckling har framförts i flera statliga utredningar angående maktdelningsfrågor, se t.ex. SOU 1993:40 *Fri- och rättighetsfrågor* Del A, s. 227-228 och SOU 1999:76, *Maktdelning*, s. 135

87 Se t.ex. Kammarrätten i Stockholms remissyttrande över betänkandet *Barnkonventionen blir svensk lag* KST 2016/189, den 23 september 2016

Källor

Litteratur

Ulf Bernitz, *Europarättens grunder,* femte upplagan, Norstedts juridik, 2014
Thomas Bull och Fredrik Sterzel, *Regeringsformen – en kommentar,* Studentlitteratur, 2015
Ulf Lindquist, Olle Lundin och Tom Madell, *Kommunala befogenheter,* åttonde upplagan, Wolters Kluwer, 2016
Peter Mair, *Ruling the void – the hollowing of western democracy,* Verso, 2013
Jan-Werner Müller, *Vad är populism?,* Daidalos, 2016
Henrik Oscarsson och Sören Holmberg, *Svenska väljare,* Wolters Kluwer, 2016
Herbert Tingsten, *Demokratiens problem,* Bonniers, 1945
Karin Åhman, *Normprövning – domstols kontroll av svensk lags förenlighet med regeringsformen och europarätten 2000–2010,* Norstedts juridik, 2011
Ur Fredrik Korling och Mauro Zamboni *Juridisk metodlära,* Studentlitteratur, 2013:
– Torben Spaak, ”Rättspositivism och juridisk metod”
– Mårten Schultz, ”Naturrätt”
Ur Svea hovrätts jubileumsskrift *Svea hovrätt 400 år,* Norstedts, 2014:
– Johan Hirschfeldt, ”Domstolar och domare i Sverige – ett utvecklingsperspektiv på domstolar och domare från mitten av förra seklet till i dag”
– Anders Eka, ”Domstolarna i samhället”
– Sten Heckscher, ”Juristerna och makten”
– Iain Cameron, ”Den svenske domaren och internationella normer – några reflektioner”
– Krister Thelin, ”En eloge till Tant Svea: alla svenska domares moder”

Artiklar m.m.

Alan S Blinder, “Is Government too political?”, *Foreign Affairs,* November/December 1997
Iain Cameron, ”Normkonflikter och EKMR”, *Svensk Juristtidning,* 2007 s. 854
David Collier och Steven Levitsky, “Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research”, *World Politics,* vol. 49, nr 3, april 1997
Johan Hirschfeldt, ”Domarna som statsmakt – några utvecklingslinjer”, *Kungl. Vitterhets-, historie- och antikvitetsakademiens årsbok 2007* s. 145
Carl Josefsson, ”Domstolarna och demokratin”, Svensk Juristtidning, 2015 s. 40
Carl Josefsson, ”Ihålig kritik”, *Svensk Juristtidning,* 2015 s. 218
Pauliine Koskelo, ”Domare, lagstiftare och professorer”, *Svensk Juristtidning,* 2014 s. 619
Peter Mair, *Representative versus Resonsible Government,* Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, MPIfg Working Paper 09/8, 2009
Joakim Nergelius, ”Domare på vift?”, *Svensk Juristtidning,* 2015 s. 85
Martin Sunnqvist, ”Mord, prejudikattolkning och lagtolkning”, *Svensk Juristtidning,* 2016 s. 541
Fredrik Wersäll, ”En offensiv Högsta domstol, några reflektioner kring HD:s rättsbildning”, *Svensk Juristtidning,* 2014 s. 1
Fredrik Wersäll, ”Ökad domarmakt och makten över domstolarna”, *Svensk Juristtidning,* 2017 s. 1

Offentligt tryck

Proposition 1993/94:117, *Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor*
Proposition 2009/10:165 *Den nya skollagen – för kunskap, valfrihet och trygghet*
SOU 1993:40, *Fri- och rättighetsfrågor Del A*
SOU 1999:76, *Maktdelning, Demokratiutredningens forskarvolym 1*
SOU 2010:29, *En ny förvaltningslag*
SOU 2010:87, *Skadestånd och Europakonventionen*
SOU 2015:24, *En kommunallag för framtiden*
SOU 2015:96, *Låt fler forma framtiden! Forskarantologi*
SOU 2016:10, *EU på hemmaplan*
Kammarätten i Stockholms remissyttrande över betänkandet *Barnkonventionen blir svensk lag,* KST 2016/189, 23 september 2016

Skatteverkets rättsfallskommentar angående Europadomstolens dom A och B mot Norge, dnr 131 96630 17/111
Lagrådets yttrande över ett nytt regelverk om upphandling, 12 februari 2016

Rättspraxis

Europadomstolens dom A och B mot Norge, nr 24130/11 och 29758/11 den 15 november 2016,
C-617/10 Åkerberg Fransson
Justitiekanslerns beslut 3508-16-40 den 16 december 2016
NJA 2005 s. 462
NJA 2005 s. 805
NJA 2011 s. 357
NJA 2012 s. 400
NJA 2012 s. 535
NJA 2012 s. 1038
NJA 2013 s. 502
NJA 2013 s. 746
NJA 2015 s. 298
NJA 2016 s. 3
RÅ 2010 ref 68

Övrigt

Reportaget ”Politik och juridik”, tidningen *Advokaten*, nr 7 2012
Artikeln ”Ask vill skärpa straff för narkotikabrott”, tidningen *Dagens Nyheter,* 30 maj 2013
Intervju med Stefan Lindskog, *Ekots lördagsintervju,* Sveriges Radio P1, 21 november 2015
Personporträttet ”Aktivisten”, tidningen *Fokus*, nr 9 2016
Intervju med Åsa Regnér, *Ekots lördagsintervju,* Sveriges Radio P1, 30 april 2016
Radioprogrammet I lagens *namn*, Sveriges Radio P1, 24 juli 2016
Tankesmedjan Timbros seminarium, *Har politikerna abdikerat för juristerna, eller har Sverige fått en nödvändig maktdelning?* den 1 juni 2016, finns tillgängligt via www.youtube.com
Svea hovrätts seminarium *Var går gränserna för domstolarnas maktutövning?* den 16 februari 2017, finns tillgängligt via www.svtplay.se
Svea hovrätts seminarium *Domstolarnas oberoende i en tid av politisk oro* den 16 februari 2017, finns tillgängligt via www.svtplay.se

De senaste 30 åren har beslut, som tidigare fattades av folkvalda, flyttats över på myndigheter och domstolar. Det gäller många olika områden, till exempel infrastruktur, bostäder, miljö, migration, integritet, skola och funktionshinderspolitik.

Regering och riksdag har genomfört dessa förändringar samtidigt som man har omfamnat ett synsätt enligt vilket domstolar oftare ska underkänna riksdagens beslut om de anser att besluten står i konflikt med grundlag eller internationella konventioner. Riksdagen har också överlämnat allt mer makt till EU:s institutioner.

Resultatet av denna juridifiering, vilken har understötts av Högsta domstolen, är att politiker allt oftare retirerar bakom myndigheter och domstolar i stället för att förklara och förankra den förda politiken. Det riskerar att försämra legitimiteten för politiken och ytterst också för de demokratiska institutionerna. I vår tid, när hotet från populismen är ständigt närvarande, måste denna risk tas på allvar. Politikerna behöver återta ledartröjan och våga göra politiken politisk igen.

Denna rapport beskriver juridifieringen och presenterar ett antal förslag på reformer.

arenaidé