

NJM 2017

”Den øverste domstols opgaver”

Lars Hjortnæs, Danmark

Vad innebær det at vara en ”prejudikatdomstol”? Var finns gränsen mellan politik och juridik? Det är dessa två huvudfrågor i Inge Lorange Backers referat, som jag vil fokusera på.

Även i Danmark fungerer Högsta Domstolen nu som en prejudikatdomstol i större utsträckning än tidigare. Enligt förarbetarna til domstolsreformen i 2007 är Högsta Domstolens huvudoppgifter at *säkra enhetlig rättstillempning, avgöra mål med frågor av generel betydelse för rättstillämpningen och rättsutvecklingen, och avgöra mål, som i øvrigt har stor räckvidd for samhället.* Även inom ramen av en sådan bred programförklaring finns det mycket rum för Högsta Domstolen at välja, hur man vill betona och hantera prejudikatverksamheten.

Det er väl klart for alla, at Högsta Domstolerna i Norden skötter oppgiften som prejudikatdomstol på något olika sätt, även om vi alla har en rot i den metodiken, man bruker kalla ”nordisk rättspragmatism”. Varje domstol måste visserligen hitta egna svar i dialog med sit omgivande samhälle, men det er endå bra at träffas for debatt och fråga hur och varför!

Det finns en gräns mellan politik og juridik, som inte alltid hittas bara genom at studera

grundlagens text. Men hur känner man då igen den? Jag vil nämna två ”verktyg”:

För det första är det ju alltid bra at tänka efter egna styrkor och svagheter – inte minnst det sista! Också en Högsta Domstol bör orientera sig efter vissa grundläggande förutsättningar, som er olika för lagstiftare och domstolar, når den skall hitta gränsan mellan politik og juridik.

Till exempel har en Högsta Domstol ingen direkt demokratisk legitimitet. Betydelsen av detta får enligt min uppfattning inte underskattas, ock detta är inte bara av ideologiska skäl. En högsta domstol lämpar sig generelt illa för at utveckla nya normer: Domstolen kan inte bereda en samlad ”rättsutvecklings-program”, men kan bara lösa problem, som andra väljer at lägga fram för den. Domstolen kan inte inrätta sakkunniga kommitteer med representanter for berörda intressena. Den kan inte senda förslag til domskäl på remiss. Den kan inom den strikta processuella ramen inte ens säkerställa, att förfarandets parter har hinnat informera domstolen tillräckligt om alla relevanta konsekvenser af en ny norm, som domstolen kunne tänkas utveckla: Om Högsta Domstolen ignorerar detta ock litar fullt på ledamöternas allmänna kunnskaper om juridik och samhället, sätter man seg lätt på en piedestal, där man inte bör sitta. I alla fall måste man vara medveten om, att gör man det, förlorar man lätt argumenterna att inte ha politisk utnämnde domare.

Dessa grundläggande förutsättningar talar tvärtom för relativ återhållsamhet och att det i

alla fall finns ett kärnområde av politisk präglade intresseavvägningar, som domstolerna så långt det är möjligt bör holla seg ifrån.

För det andra har våra regeringer og parlamenterna självklart också något at säga till om gränsdragningen mellan politik och juridik. Om det till exempel – som i Norge – på grundlagsnivå införas ett icke-diskrimineringsprincip ock ett katalog över vissa brett formulerade medborgerliga och mänskliga rättigheter, blir domstolerna potentiellt tryckad långt inn på politikens planhalva – men hur långt inn, beror då också (som Inges referat visar) på Högsta Domstolens sätt att hantera en sådan situation.

I motsatt riktning har t.ex. den danska regeringen och Folketinget nyligen beslutad att inte ratificera Europakonventionens tillägsprotokoll om ett generellt diskrimineringsförbud och att inte införliva en rad av FN's människorättsliga konventioner i dansk lag. Motiveringen var just den, att man ville inte riskera, at ett sådant tillträdande och införlivande i nationell lagstiftning kunna överföra politiskpräglat behörighet från lagstiftare till domstolar.

I övrigt är mit principiella ståndpunkt om hur en Högsta Domstol skall skötta sin uppgift som prejudikatdomstol, att man inte bör ha allt för principiella ståndpunkter om hur uppgiften skall skötas!! Behov och grunder för begripliga generella anvisningar som svar på principiella rättsfrågor varierar mycket från fall till fall.

Med detta utgångspunkt vil jag säga lite mer om några av Inges teser.

Hur mycket bör en Högsta Domstol fokusera på at skriva mest möjligt generellt om den rättsliga grund och på at fastlägga normer för framtiden? Det er några av Inges huvudfrågor i *teserna 1, 4 och 9*. Jag håller med honom, at det inte er bra – eller även klokt – om domstolen bara ser parternas konkreta tvist som något sekundärt. Även när det finns ett klart behov att säga något generellt om den rättsliga grund, är det alltid en viktig test för en domstol att bedöma sin normuppfattning gentemot en konkret verklighet, så at säga.

I övrigt måste man vara lite situationsmedvetande om detta. Man bör ju inte skriva läroboksenligt långt om den rättsliga grund, men naturligtvis måste man beakta, at tillståndet att få provat ärendet i Högsta Domstolen normalt har getts, därför att ärendet anses att röra ett eller flera principiella ovissa rättsfrågor. Samtidigt är det ju så, at parterna i ett civilt förfarande ofta bestemmer ganska långt i praktiken, vilken räckvidd domstolen kan ge domskälen – det gör dom genom åberopande eller inte av vissa grunder och genom deras förmåga och vilja att belysa ärendets problem och perspektiv för domstolen. Man kan inte kräva, att parterna skal tänka mer på domstolens intresser än på egna behov.

Domskäl från Högsta Domstolen i Danmark har blivit längre under senare åren, men är ändå relativt kortfattade i internationell jämförelse. Én

orsak är, att vi fokuserar endast på att förklara på ett begripligt sätt, vad som styr konklusionen, men däremot inte på att förklara, vilka alternativa överväganden, som varje ledamot kanske har haft tidigare under processens gång. Men man kan se, vilka av parternas argument, som domstolen inte har följt.

Bör en Högsta Domstol vara särskilt återhållsam med rättsutveckling på områden, där lagstiftaren i praktiken inte kan ändra rättsläget? I tes nr. 2 svarar Inge JA på denna fråga. Jag är enig, men vill lägga till, at problemet nog er mindre aktuellt i det landet, jeg kommer ifrån, därför att det inte där har införts en ”rättighetskatalog” på grundlagsnivå. Kritik av rättsutveckling genom rättspraxis, som lagstiftaren har svårt att ändra, även om man gärna vill, rör seg i Danmark mest om internationella domstolars såkallade dynamiska tolkningar.

I tes nr. 3 säger Inge, att Högsta Domstolens kontroll av lagstiftaren bör vara återhållsam, när dom demokratiska beslutsprocesser fungerar väl, men at domstolerna måste hålla seg klara att stå som garant för något, som Inge kallar för et ”reellt demokrati”. Det låter ju bra. Men har en liten flock av personer med juridisk examen och från en socialgrupp helt i toppen egentligen så särskilt fina förutsättningar att avgöra, om demokratin fungerar väl eller inte fungerar väl? Även här är det viktigt, att Högsta Domstolen behåller båda fötterna på jorden och inte sätter seg på piedestalen. I alla fall är det inte en uppgift att korrigera det politiska systemet, varje

gång man anser, at politikerna har vidtagit okloka åtgärder. Då skulle man också få brottom!

I tes 5 uppmaner Inge Högsta Domstolerna att vara mer lojala mot den nationella lagstiftaren än mot internationella domstolar. Det är ju en väldigt facetterad fråga, och Inge har belysad komplexiteten väl. Helt kort vill jag bara lägga till, att Högsta Domstolerna väl i ett visst mån måste hitta svar på frågan tillsammans med lagstiftaren själva. I Danmark debatteras oftast, om domstolerna i mål om utvisning av kriminella utlänningar borde tvingas at "gå til grensen" i betydelsen att inte säga nej til at utvisa, om inte det aldeles säkert strider mot Europadomstolens praxis. Det är dock svårt för domstolerna at gå till en gren, som är osynlig, när det inte finns ett uppenbart prejudikat från Europadomstolen.

I den såkallade Ajos-domen från 2016 har Högsta Domstolen i Danmark följt Inges uppmaning, kann man väl säga, även om det var på ett något annolunda sätt. Tiden tillåter inte at förklara domen nu, men Högsta Domstolen slog helt enkelt fast, att om en dansk domstol skal avstå från att använda en gällande dansk lag, då är det inte tillräkligt, at en internationell domstol har avgjort, at det måste vi göra enligt internationell rätt, när den demokratisk legitimerade danska lagstiftare inte kan anses att ha beslutad att ge denna normgivningskompetens till den internationella domstolen.

