

Fredrik Wersäll

Europarätten och svenska domstolar – några reflektioner

Europarätten har haft betydande effekter på domarrollen och för domstolarnas rättskipande verksamhet. Trots detta har diskussionen om europarättens inflytande varit begränsad i domstolarna. I jämförelse med den livaktiga diskussion som finns inom särskilt rättsvetenskapen är denna iakttagelse påtaglig. Genom europarättens allt mer påtagliga genomslag har dock medvetenheten om nödvändigheten av att domarnas förhållningssätt till europarätten diskuteras blivit mer tydlig. Artikeln tar upp denna fråga i belysning av ett antal exempel från Svea hovrätts och andra domstolars vardag. Exempelen visar inte bara europarättens inflytande, utan också att tolkningsfrågorna kommer i fokus. Avslutningsvis betonar författaren att europarätten bör på ett tydligare sätt bli en integrerad del av vår lagstiftning, i stället för att ses som en särskild disciplin. Ett sådant perspektiv bör genomsyra också juristutbildningen.

1 Inledning

Jag läste juridik i Uppsala åren 1971 till 1976. Det var en mycket stimulerande tid. Institutionen hade många engagerade lärare. Inte minst många av professorerna var färgstarka personer, som Stig Strömholm, Stig Jäger-sköld, Anders Agell och Alvar Nelson. En omständighet som jag dock minns att jag tyckte var något negativ var att juridiken var så nationellt präglad. De internationella inslagen var få. Det nordiska perspektivet var i och för sig levande i hägnet av det utvecklade och intensiva nordiska lagstiftningssamarbete, men det internationella perspektivet i övrigt var begränsat och förekom huvudsakligen inom folkrättsämnet. Den enda engelska litteratur som förekom var en kortfattad skrift om FN-systemet.

Det förekom att studiekamrater åkte utomlands för studier, närmast Collège d'Europe i Brygge, men de var få. Detta nationella förhållnings-sätt präglade såväl studierna som arbetslivet för de flesta jurister, särskilt i domstol. Förhållandena var i stort sett oförändrade fram till EU-inträdet 1995. Jag var då tjänsteman på justitiedepartementet med ansvar för bl.a. den straffrättsliga lagstiftningen. Vi insåg inte alls vidden av den förändring som skulle komma. Effekterna på straffrätten, som angavs tillhöra kärnan i den nationella lagstiftningen, bedömdes som små. Inte heller inkorporeringen av Europakonventionen i svensk lag bedömdes ha några mer dramatiska effekter – vi var ju ändå bundna av konventionen och Europadomstolens uttolkning av den.

Den politiska diskussionen kring EU-medlemskapet kretsade inte heller kring lagstiftningsfrågorna. Riksdagens minskade makt var i och för sig i fokus, men att medlemskapet skulle få de effekter det faktiskt fått på det svenska rättslivet fanns ingen politisk diskussion om, såvitt jag kan minnas. Enligt riksdagsmän som jag talat med är det fortfarande så att europarätten och vår bundenhet av den och de effekter den får inte är någon riktigt het fråga i riksdagen, trots att den numera upptar huvuddelen av regeringskansliets arbete med lagstiftningsfrågor. Enligt dåvarande riksdagsmannen, numera EU-parlamentarikern, Peter Eriksson är riksdagens huvuduppgift numera i huvudsak att fastställa budgeten – lagstiftningen har hamnat i skymundan, eftersom den i så stor utsträckning styrs från Bryssel. Samtidigt har det inte funnits någon önskan i något politiskt läger att tydliggöra detta förhållande. Peter Eriksson beskrev det så vid ett seminarium att man i riksdagens vardagsarbete kunde få intrycket att Sverige fortfarande stod utanför EU.

Inte heller i våra domstolar har funnits någon riktig beredskap för den utveckling som skulle komma. Det kanske i viss mån beror på avsaknaden av en tydlig politisk diskussion om europarättens ökade inflytande. Utveckling har kommit krypande. I den akademiska världen har frågan om europarättens inflytande varit intensiv, men den har inte i någon större utsträckning påverkat det vardagliga arbetet i våra domstolar, särskilt inte på den allmänna sidan. Under senare år har dock diskussionen tagit fart. Ett exempel är den intressanta diskussionen mellan hovrättsrådet Carl Josefsson och professorn Joakim Nergelius i Svensk Juristtidning tidigare i år (SvJT 2015 s. 40, 85 och 218). Jag tänkte i denna artikel något belysa min syn på denna utveckling och ventilerar några tankar på hur vi i domstolarna skulle kunna bli bättre på att på ett medvetet och likformigt

sätt tillägna oss det europarättsliga perspektivet. Jag tänkte också belysa europarättens effekter på vardagen i hovrätten genom några rättsfall.

2 Avgränsning

Ämnet för denna artikel är stort och kan göras i princip hur brett som helst. Inom ramen för det trots allt begränsade format som en artikel av detta slag medger måste ämnet avgränsas. Perspektivet är därför i huvudsak avgränsat till den utsikt som min position i Svea hovrätt medger. Jag är medveten om att härigenom utelämnas stora delar av den påverkan på det svenska rättslivet som europarätten leder till. Jag är också medveten om att mina kunskaper om europarätten som sådan är begränsad, särskilt i jämförelse med de välrenommerade akademiker som verkar på våra juridiska fakulteter och inte minst de med specialinriktning på europarätt inom sin forskning. Det är väl inte uteslutet att en och annan tanke från min sida i det perspektivet kan framstå som något ytlig eller naiv, men det är en risk man får ta när man ger sig ut på djupt vatten i den rättsliga diskussionen.

3 Utvecklingen av domarrollen

3.1 Den svenske domaren

År 2014 firade Svea hovrätt sitt 400-årsjubileum. För oss i hovrätten var detta en stor händelse. Att verka i en institution som haft en och samma samhällsuppgift sedan 1614 var högtidligt. När vi diskuterade vad vi skulle göra av jubiléet kom vi fram till att vi skulle ta detta tillfälle att försöka initiera en bred diskussion om domstolar och domare. En festskrift producerades med ett trettiotal författare.

I många av artiklarna var domarrollen i fokus. Detta var intressant, inte minst med tanke på hur rollen utvecklats under de århundraden som hovrätten verkat. Av särskilt intresse för frågan om europarättens inflytande är den rättsliga miljö under vilken hovrättens första domare, 1600-talets hovrättsjurister, verkade. Miljön var inte helt olik den som idag råder och parallellerna är flera. Genom att Sverige hade relativt begränsad skriven lag fick rättsliga influenser sökas utifrån, huvudsakligen med det europeiska perspektivet. Den lärda elit som befolkade hovrätten var också i regel skolad i den internationella miljön. Normkonkurrens och normutfyllnad var, som idag, vanliga företeelser. En annan likhet

var att relationen politik/juridik var komplicerad och känslig. Samtidigt måste dagens återhållsamma domarkultur ses också i sin mer nutida kontext.

En självständig domarmakt i meningen en tredje oberoende statsmakt, vid sidan av den lagstiftande och verkställande, har i formell mening mer tydligt manifesterats först genom 2011 års förändringar i regeringsformen. Hovrättens ursprungliga roll och även dess föregångares, var att utöva konungens domsmakt. Sammanblandningen mellan hovrätten och den styrande makten var stor under 16- och 1700-talen. Riksdrotsen var inte bara rikets främste rättslige ämbetsman utan också samtidigt hovrättens president. Såsom flera artikelförfattare påpekade i festskriften gav 1809 års regeringsform i och för sig uttryck för ambitionen att skapa en självständig domarmakt. Men kungamaktens starka ställning bestod. Konungens formella medverkan i den högsta domsmakten upphävdes först 1909, även om det var mycket sällsynt att den utövades efter det att Högsta domstolen inrättades år 1789. Ända fram till 1974 utfärdades de högsta domstolarnas domar i konungens namn.

Inte heller 1974 års regeringsform kan sägas ge uttryck för en tydlig maktindelning. Folksuveräniteten betonades. Domstolarna sågs närmast som en gren av förvaltningen och i regeringsformen reglerades domstolarna i samma kapitel som de regeringen underställde förvaltningsmyndigheterna. Detta var, som många understrukt, en produkt av tidsandan. I en schism mellan utrikesminister Östen Undén och regeringsrådet Gustaf Petrén om lagprövningsrätten på 50-talet hotade Undén med utvotering genom riksdagens opinionsnämnd mot eventuella expansionistiska justitieråd.

Det hindrar inte att domstolarna, och inte minst hovrätten, genom historien ändå betonat sin självständighet och tydligt markerat mot politisk inblandning i dömandet. Det gäller oavsett om det rört sig om reaktioner på kungens under hand givna synpunkter på mål mot egna gunstlingar under 1600-talet eller nutida försök att påverka dömandet i enskilda fall där hovrättsavgöranden uppfattas som politiskt inkorrekta.

Europarättens inträde har gjort denna relation än mer känslig. EU-rättens alltmer dominerade inflytande, europakonventionens allt större betydelse och den förändrade synen på inflytandet från andra konventioner och internationella instrument leder till att det juridiska klimatet och gränserna för domarmakten tydligt har förskjutits. Det är uppenbart att den demokratiska spelplanen har förändrats. I en initierad krets, huvud-

sakligen inom rättsvetenskapen, har frågan diskuterats. Men i övrigt har det varit rätt tyst.

Domarkultur är mjukvara. Genom vår långa demokratiska tradition tar vi kanske den för självklar. Vad kännetecknar en svensk domare? Flera författare i jubileumsskriften är inne på denna fråga. Elisabet Fura, med sitt internationella perspektiv, lyfter fram egenskaper som lagspelare snarare än solist, präglad av myndighetskulturen och lojal med lagstiftaren, snarare än aktivist. Svea hovrätts och andra överrätters domarutbildning präglas i betydande utsträckning, såväl nu som historiskt, av svensk förvaltningskultur, opartiskhet och lojalitet mot uppgiften, snarare än personliga övertygelser.

Alicia Nilsson, assessor i hovrätten, skrev en mycket intressant och reflekterande artikel kring sina erfarenheter efter ett år i Kosovo, ett land med ytterst stora problem i domstolsväsendet. Hennes tes, som jag tolkar den, är att den stora skillnaden mellan Sverige och Kosovo, beträffande domares förutsättningar att utöva sitt ämbete inte är skillnader beträffande den materiella och processuella lagstiftning, utan snarare skillnader i domarkultur. Korruptionen i Kosovo är utbredd, lojaliteten hos domarna är snarare mot den egna samhällsgruppen än lagstiftaren, misstron från medborgarna är total och domaryrkets status är låg. Alicias slutsatser är att den svenska domaren, med sin plikttröhet, ödmjukhet och tradition av förhandling och medling kan göra stor nytta i det internationella arbetet för att sprida en god rättskultur.

Utvecklingen kan kanske sammanfattas så att den svenska förvaltningstraditionen och synen på domstolarnas roll i samhället skapat en domarroll som, relativt sett, är något återhållsam. Vår domarutbildning och det förhållandet att den absoluta majoriteten av våra domare har den bakgrunden har säkert understött en sådan utveckling.

3.2 Ändrade förutsättningar

Det är emellertid ingen tvekan om att nya förutsättningar för synen på domstolar och domare har inträtt under senare år. En vattendelare var EU-inträdet 1995. Den tydligaste tendensen i detta avseende är den utveckling som skett i EU-inträdets spår, att viktiga politiska frågor avgörs av domstolar istället för av politiska församlingar. Frågan uppmärksammades tidigt bl.a. av Demokratiutredningen.¹

¹ SOU 1999:58.

Genom internationaliseringen har formerna för normgivning förändrats. Merparten av den lagstiftning som idag antas av Sveriges riksdag är i ett eller annat avseende beroende av EU-rätten. Den lagstiftning som antas inom unionen är av helt annan karaktär än den traditionellt svenska. Den har ofta tillkommit genom politiska förhandlingar, snarare än genom traditionellt lagberedningsarbete som vi är vana vid. Tolkningshjälpmedel av de svenska förarbetens slag saknas i regel.

Internationaliseringen har lett till nya förutsättningar för domstolarna. Det finns en normkonkurrens att ta hänsyn till på ett annat sätt än tidigare. Här har inte bara EU-rätten spelat in. Inkorporeringen av Europakonventionen har visat sig få en dramatisk betydelse. Och även om lagstiftningen inte underkänns utgör internationella instrument i allt högre utsträckning tolkningshjälpmedel för tolkningen av den svenska rätten. De åtaganden som följer av Sveriges anslutning till barnkonventionen är ett utmärkt exempel på detta.

Även om detta inte är helt nya förhållanden är det ingen tvekan om att landskapet förändrats. Ingen kan idag på allvar frångå domstolarna rätten – och skyldigheten – att ta ställning i frågor om normkonflikter.

3.3 Utvecklingslinjer

Mot bakgrund av de senaste årens utveckling är det sannolikt att domstolarnas ställning ytterligare kommer att förstärkas. Den internationella rättens inflytande kan förväntas att öka, inte minst genom en ökad medvetenhet från parter och ombud om dess betydelse. Det har blivit vanligare att parter åberopar att den nationella rätten kommer i konflikt med en internationellt antagen norm. Genom att ställningstagande till normkonflikter på olika nivåer blir en del av vardagen vinner domstolarna terräng på politikernas bekostnad. Att dessa normkonflikter kan vara av nationell karaktär blir också alltmer tydligt. Exempel på detta är att talan om ersättning väcks direkt med stöd av RF, på samma sätt som det förekommer ersättningsmål direkt med stöd av Europakonventionen. Ett fåsakt exempel att bestämmelserna i RF kan användas för en tolkning som avviker från en lagbestämmelses ordalydelse är majoritetsmeningen HD:s beslut den 12 juni 2015 i plenumålet Ö 2481-13.

Högsta domstolen avgörande i det s.k. Mangamålet (NJA 2012 s. 400) visar att TF och YGL kan åberopas för att sätta åsido eller i vart fall tolka bort en kriminalisering genom lag som dittills ansett tydlig och som på ett klart sätt beskrivits i lagens förarbeten. Att en sådan argumentering

inte väcker särskilt mycket uppseende är ett tecken på att vi börjar bli allt mer vana vid att domstolar gör en sådan operation.

Utvecklingen av dömandet i Högsta domstolen under senare år understryker således denna utveckling. Det är uppenbart att Högsta domstolen alltmer ser sin roll som rättsskapande och inte bara som rättsbildande. Domarna angående påföljd för narkotikabrott under 2011 och 2012 kan sägas vara exempel på detta. Högsta domstolen har här avvikit från en sedan länge etablerad påföljdspraxis på ett dramatiskt sätt utan att lagstiftaren varit inblandad. Den självmedvetenhet och det självförtroende som därigenom manifesterats åskådliggörs i justitierådet Stefan Lindskogs tillägg i NJA 2012 s. 535.

I och med att domstolarnas relativa makt förstärks kan antas att synen på domstolarna förändras. Från maktodelningssynpunkt bör kunna antas att domstolarna erkänns som den tredje statsmakten. Det kan antas förstärka domstolarnas konstitutionella särställning, såväl i förhållande till den politiska makten som i förhållande till andra myndigheter.

En annan utvecklingslinje är att ytterligare frågor läggs på domstolarna. Vissa frågor av förvaltningskaraktär har i och för sig förts från domstolarna, exempelvis lagfart och inteckningar. Det är dock en tydlig tendens att sådant som innefattar konfliktlösning läggs på domstol, antingen som överprövning eller i första instans.

Frågor som av tradition hanterats politiskt prövas numera av domstolar. Ett exempel på detta är mark- och miljödomstolarna. Frågor om tillåtligheten av stora industriprojekt eller infrastruktursatsningar avgörs idag av domstolar, trots den uppenbart politiska dimensionen av besluten. Även i övrigt har ansvar överfört från regeringskansliet till domstolar, såsom migrationsfrågorna. Avsikten har varit dels att avbörda de politiska organen en och annan het potatis och dels att skapa större trovärdighet i prövningsförfarandet.

3.4 Domarnas ställning stärks

En rimlig utgångspunkt, mot bakgrund av den utveckling som ovan beskrivits, borde vara att domarnas ställning stärks. Det leder till att domarnas makt ökar. När mycket komplexa frågor, exempelvis inom miljöområdet, läggs på domstol ökar också behovet av en mycket professionell och välutbildad domarkår.

Det behöver i och för sig inte innebära att domarnas tradition av återhållsamhet i profilen förändras – den bygger på goda svenska äm-

betsmannatraditioner. Men frågor som rekryteringsförutsättningar och lönenivåer borde rimligen påverkas. Domare kommer i allt mindre utsträckning att betraktas som vilken tjänsteman som helst. Men domarnas ställning påverkas också av domarnas självbild. Det måste finnas en medvetenhet om domstolarnas betydelse och en yrkesstolthet som bär upp ansvaret. Utan att förhäva sig och med iakttagande av lämplig ödmjukhet måste domarna själva driva sina frågor målmedvetet och med ett genomtänkt förhållningssätt.

Samtidigt är en av de viktigaste frågorna för framtiden för oss domare vad denna utveckling gör med domarrollen. Vi har enligt min uppfattning alltså ett trevande förhållningssätt till konflikten mellan svensk och internationell rätt. Vilka metoder ska användas vid tolkning av den internationella rätten och EU-domstolens och Europadomstolens avgöranden? Hur ska vi göra när olika rättigheter krockar med varandra, vilket kommer att bli allt vanligare? Var går gränsen för domarmakten? Finns det en risk för politisering av de högsta domarämbetena? Detta är frågor som diskuterats allt för lite.

3.5 Nordisk rättslig tradition

En av orsakerna till att diskussionen om de förändringar i rättslivet som den europeiska integrationen lett till har varit i viss mån begränsad är rimligen vår fasta förankring i den nordiska rättsliga traditionen. Våra nordiska länder vilar, som dåvarande presidenten i Finlands högsta domstol Pauliine Koskelo påpekat², på ett i viss mån annat politiskt och rättsligt fundament än många andra europeiska länders historia utvisar. Vi har ett gemensamt fundament som konstitutionellt förankrade rättsstater. Demokrati, rätt och rättsstatlighet hör ihop. Inom detta område har vi med viss rätt kunnat vara relativt belåtna med utvecklingen, i jämförelse med många andra länder.

För vår del har den europeiska integrationen i stor utsträckning haft ekonomiska orsaker. Avsikten har varit att genom fri rörlighet för personer, kapital och tjänster inom Europa främja vårt lands ekonomiska utveckling. Den rättsliga integrationen, som i och för sig varit en förutsättning för den ekonomiska integrationen, har nog på politisk nivå uppfattats som i viss mån en biprodukt i förverkligandet av det egentliga syftet med integrationen.

² Domare, lagstiftare och professorer, SvJT 2014 s. 620 ff.

Också införlivandet av Europakonventionen i svensk rätt uppfattades förmodligen på politisk nivå som relativt odramatisk. Vad har Sverige, med våra rättsliga traditioner, att lära vad avser mänskliga rättigheter?

4 Europarätten i praxis – några exempel

4.1 Perspektiv

Som anförts är europarätt idag en del av vår vardag. Lika lite som vår inhemska lagstiftning är dock europarätt någon enhetlig företeelse. Dess påverkan är mycket varierande. Något enhetligt perspektiv går därför inte att anlägga. Tvärtom leder inte minst regelverkets natur och sammanhanget till vitt skilda bedömningar och helt olika tolkningsförutsättningar. För att åskådliggöra detta har jag valt några exempel. Inte minst på det miljörättsliga området visar exemplen också på det känsliga samspillet med de politiska organen. Att europarätten ska uppfattas som ett politiskt redskap blir med detta perspektiv uppenbart.

4.2 Örndalen

I februari 2015 meddelade Mark- och miljööverdomstolen dom (MÖD 2015:3) i ett mål rörande dispens enligt Artskyddsförordningen (SFS 2007:845). Bakgrunden i målet var följande.

Bolaget Örndalen Exploatering AB hade för avsikt att etablera en skid- och turistanläggning i området Skorvdalen i Härjedalens kommun. Projektet, som gick under namnet projekt Örndalen, omfattade investeringar med ca två miljarder kronor avseende liftar, pister, boende och annan service, och bedömdes långsiktigt ge 300 årsarbeten. I omedelbar anslutning till den planerade anläggningen låg ett örnrevir med tre bebodda kungsörnsbon.

Artskyddsförordningen innehåller regler om förbud p.g.a. fridlysning och regler om dispens från sådana förbud. Reglerna härstammar från EU:s två s.k. naturvårdsdirektiv; art- och habitatdirektivet samt fågeldirektivet. De för målet relevanta bestämmelserna var 4 och 14 §§ artskyddsförordningen. I 4 § föreskrivs, såvitt nu är av intresse, att det i fråga om vilda fåglar är förbjudet att avsiktligt störa djur, särskilt under deras parnings-, uppfödning-, övervintrings- och flyttperioder, och att skada eller förstöra djurens fortplantningsområden eller viloplatser. I 14 § stadgas, också såvitt nu är av intresse, att länsstyrelsen i det enskilda

fallet får ge dispens från förbuden i 4 § om sådan behövs av hänsyn till allmän hälsa och säkerhet eller av andra tvingande skäl som har ett allt överskuggande allmänintresse.

Örndalen Exploatering AB ansökte under 2013 hos Länsstyrelsen i Jämtlands län om dispens enligt 14 § från förbudsregeln i 4 § för att kunna genomföra projekt Örndalen. Länsstyrelsen ansåg att projektets utformning och storlek kunde bedömas medföra betydande positiva effekter på ekonomin och möjligheterna att upprätthålla såväl social som annan service inom Härjedalens kommun, att de investeringar som projektet omfattade skulle bli särskilt betydande som underlag för sysselsättning, inflyttning, offentlig och privat service samt infrastruktur, och att det därför förelåg sådana tvingande skäl med ett allt överskuggande samhällsintresse som avses i 14 §. Länsstyrelsen, som även ansåg att förutsättningarna för dispens i övrigt var uppfyllda, lämnade därför dispens för projektet.

Naturskyddsföreningen och Sveriges Ornitologiska Förening överklagade beslutet till mark- och miljödomstolen i Östersund. Mark- och miljödomstolen ansåg att det inte hade visats att allmänintresset av exploateringen var av sådan påtaglig vikt att tvingande skäl som har ett allt överskuggande allmänintresse kunde anses föreligga och upphäva således länsstyrelsens beslut om dispens. Bolaget överklagade beslutet till Mark- och miljööverdomstolen.

Mark- och miljööverdomstolen inledde med att pröva om etableringen av anläggningen stod i strid med 4 § artskyddsförordningen och uppehöll sig därvid särskilt vid frågan om etableringen kunde anses innebära ett avsiktligt störande av kungsörnarna. Domstolen beaktade dels hur EU-domstolen resonerat kring begreppet avsiktligt i ett mål avseende art- och habitatdirektivet, dels vad EU-kommissionen anfört om begreppet i ett dokument om vägledning om skydd för djurarter i enlighet med art- och habitatdirektivet. I det sistnämnda anfördes bl.a. att ”avsiktliga gärningar är gärningar som utförs av en person som vet [...] att hans gärning sannolikt kommer att orsaka skada för en djurart, men strävar efter att åstadkomma denna skada, eller åtminstone medvetet accepterar det förutsägbara resultatet av gärningen”. Mark- och miljööverdomstolen konstaterade att det framstod som högst sannolikt att verksamheten skulle störa kungsörnarna i den mening som avses i 4 § och att det stod klart att bolaget insett denna risk men ändå avsåg uppföra anläggningen. Mot bakgrund av detta fann Mark- och miljööverdomstolen att den pla-

nerade etableringen var att anse som avsiktligt störande i den mening som avses i 4 §.

Vad därefter gällde frågan om undantaget i 14 § var tillämpligt, ansåg Mark- och miljööverdomstolen, återigen med hänvisning till en av EU-kommissionen upprättad skrift om vägledning avseende art- och habitatdirektivet, att begreppet ”andra tvingande skäl som har ett allt överskuggande allmänintresse” skulle ges en restriktiv tolkning och att kraven på det överskuggande allmänintresset måste sättas högt. Även med beaktande av att etableringen skulle innebära ca 300 nya arbetstillfällen, en fortsatt utveckling av turismen med långsiktiga ekonomiska och andra fördelar för Härjedalens kommun samt varaktigt bidra till en ökad befolkning och fler arbetstillfällen, kom Mark- och miljööverdomstolen till slutsatsen att bolagets projekt inte var av sådan påtaglig vikt att tvingande skäl som har ett allt överskuggande allmänintresse kunde anses föreligga. Domstolen fann därmed att det inte förelåg tillräckliga skäl för dispens och avslog överklagandet.

Av särskilt intresse enligt min mening är tolkningen av begreppet ”avsiktligt”, särskilt som det får stora konsekvenser, vilket förevarande fall visar. Motsvarande begrepp inom straffrätten är föremål för en omfattande doktrin och olika länders tolkning skiljer sig åt. Frågan blir särskilt intressant när det som i detta fall inte kan visas att syftet med åtgärden är att störa djuren och att en sådan störning inte heller är nödvändigt förbunden med åtgärden. Som jag tolkar domen är det i stället fråga om ett kvalificerat medvetet risktagande. Hovrättens bedömning ligger här nära vårt likgiltighetsuppsåt inom straffrätten. En djupare analys av rättsfallet, gärna med referenser till hur begreppet avsiktligt tolkas i andra länder skulle onekligen vara intressant

4.3 Nordkalk

Bolaget Nordkalk, som redan har kalkbrott på Gotland, ansökte 2007 om att få tillstånd till att öppna ett nytt brott på cirka 150 hektar. Området för det tänkta kalkbrottet är, liksom många kalkrika områden, mycket naturskönt och hyser många växtarter som är kalkälskande och i vissa fall skyddade. Området är också känsligt för vattenförsörjningen, något som är problematiskt på Gotland.

Området var sedan tidigare utpekad som riksintresse för mineralbrytning. Samtidigt ingick området också i ett riksintresse med särskild värdefull naturmiljö. Området gränsar till ett Natura 2000-område.

Bolaget anförde till stöd för sin ansökan att området innehöll kalk av särskild hög kvalitet, av betydelse för främst svensk stålindustri och att förutsättningar för annan lokalisering saknades. Ansökan bestreds av bl.a. Naturvårdsverket och en lång rad organisationer med anknytning till naturskyddet. Också en rad enskilda i närheten av området bestred ansökan. Argumenten hänförde sig framför allt till skada på naturmiljön, risker för påverkan på Natura 2000-området och risker för vattenförsörjningen.

Dåvarande miljödomstolen avslag ansökan med hänsyn till återopade risker med verksamheten. Miljööverdomstolen – med mig som ordförande – biföll ansökan med återopande av vikten av den planerade verksamheten och i belysning av de begränsningar och kontroller som bolaget påtagit sig för att minska risken för omgivningen. De närmare villkoren för verksamheten skulle bestämmas av underinstansen, mark- och miljödomstolen, i en ny process.

Domen överklagades till Högsta domstolen, som inte gav prövnings-tillstånd.

När sedan mark- och miljödomstolen skulle pröva villkoren för verksamheten kom domstolen fram till att omgivningspåverkan var sådan att det inte fanns förutsättningar att föreskriva villkor för verksamheten. Bolaget skulle således inte medges att bedriva verksamheten, trots att Mark- och miljööverdomstolen förklarat den tillåtlig.

Domen överklagades till Mark- och miljööverdomstolen, som ändrade beslutet och medgav verksamheten och föreskrev under vilka villkor den fick bedrivas.

Denna dom överklagades av bl.a. Naturvårdsverket till Högsta domstolen, som denna gång beviljade prövningstillstånd. I en dom – vi är nu framme vid 2013 – undanröjde Högsta domstolen Mark- och miljööverdomstolens dom och skickade tillbaka målet till mark- och miljödomstolen. Högsta domstolen fann att EU-rätten krävde att när en verksamhet, som i detta fall, kan påverka ett Natura 2000-område måste alla förutsättningar för den påverkan prövas slutligt i ett sammanhang. Mark- och miljööverdomstolens prövning av först tillåtligheten och därefter vilka villkor som skulle gälla för den då tillåtna verksamheten stred enligt Högsta domstolen mot EU-rätten.

Målet har därefter prövats igen av mark- och miljödomstolen, som denna gång kommit fram till att verksamheten ska tillåtas och föreskrivit under vilka villkor den ska bedrivas. Denna dom har överklagats till Mark- och miljööverdomstolen, som beviljat prövningstillstånd. Målet

var planerat att avgöras under våren 2015. Dessförinnan begärde dock Naturvårdsverket att regeringen skulle klassa området för den tänkta brytningen som Natura 2000-område. Med hänsyn till att en sådan klassning skulle kunna påverka domstolens bedömning vilandeförklarade hovrätten målet till den 31 augusti 2015. Vid ett extra regeringssammanträde den dagen beslutade regeringen att området för det tänkta kalkbrottet ska ingå i ett utvidgat Natura 2000-område. Vad som händer med målet i domstolen är i skrivande stund oklart.

Hela processen har omgärdats av mycket stor publicitet. Domarna har ventilerats och kommenterats i radio och tv, dagspress, fackpress och i juridiska tidskrifter. Europeiska kommissionen har engagerat sig i ärendet genom olika frågor, vilket föranlett en del höjda ögonbryn såväl här i hovrätten som i Högsta domstolen.

Målet aktualiserar tolkning av svårbedömd EU-rätt, med bristfälliga förarbeten och mycket lite praxis till ledning för bedömningen. Också inslag av normkonflikter mellan inhemsk rätt och EU-rätt finns i målet. Samtidigt åskådliggör målet och inte minst kommissionens agerande tydligt den politiska kontext inom vilken europarätten på miljöområdet ska tolkas. De intresseavvägningar som görs inom miljörätten är inte sällan sådana som det annars vore naturligt för de politiska organen att ta ansvar för.

4.4 Skuldsanering

Den 17 december 2014 gav vi i hovrätten ett beslut i ett mål om skuldsanering, som jag tycker har ett visst intresse vad avser tolkningen av EU-rätt (mål nr ÖÅ 8855-14).

Enligt 4 § första stycket skuldsaneringslagen (2006:548) är en förutsättning för att skuldsanering ska beviljas att gäldenären har hemvist i Sverige. Med hemvist avses att gäldenären har sin stadigvarande bosättning här i landet.

Den ansökan om skuldsanering som prövades i målet avsåg en kvinna som var bosatt och folkbokförd i England och saknade således hemvist här. Huvuddelen av hennes skulder hade dock uppstått i Sverige. Frågan i målet var om det fanns förutsättningar att inleda ett skuldsaneringsförfarande.

I ett förhandsavgörande den 8 november 2012³ fann EU-domstolen att skuldsaneringslagens krav på att gäldenären har hemvist i Sverige kan avskräcka en gäldenär från att lämna Sverige för att arbeta i en annan medlemsstat, och att kravet således strider mot unionslagstiftningens bestämmelse om fri rörlighet för arbetstagare (artikel 45 FEUF). Det kan således konstateras att den svenska lagstiftningen underkändes i detta avseende av EU-domstolen.

Enligt Kronofogdemyndigheten kunde dock förhandsavgörandet inte tolkas så att det förhindrade att en prövning gjordes av om sökanden hade en sådan stark faktisk anknytning till Sverige att skuldsanering kan komma i fråga. Beslutet får tolkas så att denna prövning har sitt stöd i hemvistkravet i 4 § första stycket. Kronofogdemyndigheten fann att sådan anknytning till Sverige som är en första förutsättning för skuldsanering i inte förelåg och avslog ansökan.

Tingsrätten avslog kvinnans överklagande.

Frågan i hovrätten var, lite förenklat, om det funnits formella förutsättningar att göra en prövning av anknytningen på det sätt som Kronofogdemyndigheten gjort, trots att EU-domstolen underkänt hemvistkravet, på vilket Kronofogdemyndighetens beslut vilade. Av förarbetena till lagstiftningen (prop. 2005/06:124 s. 62 f.) framgick att avsikten med hemvistkravet varit att föreskriva ett behörighetskrav som innefattar en stark reell anknytning till Sverige.

I beslutet angav hovrätten att utgångspunkten ska vara att lagstiftningens föreskrifter ska upprätthållas, med de inskränkningar som kan följa av EU-rätten. Det innebär, enligt hovrätten, att lagen ska ges en tolkning som ligger så nära den svenska lagstiftningens syfte som möjligt, men som samtidigt överensstämmer med de krav som EU-rätten uppställer (fördragskonform tolkning). Hovrätten – majoriteten – fann att EU-domstolens avgörande inte förhindrade att hemvistkravet gavs den betydelsen att det avsåg en stark reell anknytning till Sverige och avslog överklagandet.

En ledamot var skiljaktig och fann att det inte var tillfredsställande att uppställa ett alternativt behörighetskrav, som inte framgick av lagstiftningen, när EU-domstolen funnit att hemvistkravet, så som det var utformat i lagen, stred mot EU-rätten. En sådan förändring borde kräva medverkan av lagstiftaren.

³ Mål nr C-461/11.

Målet aktualiserar i viss utsträckning en fråga om tolkningsmetod vid normkonflikter med europarätten. Jag har tidigare i olika sammanhang förordat en något försiktig hållning vad avser att underkänna svensk lag med hänsyn till innehållet i europarätten. Enligt detta, något förenklade, förhållningssätt, var det min utgångspunkt (jag var ordförande i målet) att förhandsavgörandet skulle ges en tolkning som var lojalt med syftet i EU-domstolens avgörande, men som samtidigt innebar så små ingrepp i svensk lagstiftning som möjligt. Enligt min uppfattning borde således förhandsavgörandet kunna ges den betydelsen att hemviskravet underkändes bara i den utsträckning det stred mot bestämmelserna om fri rörlighet. Att skuldsanering kräver en stark reell anknytning till landet kan inte ges den betydelsen.

Nu kommer förmodligen Högsta domstolen inte att pröva denna intressanta fråga, eftersom regeringen tänkt lösa oklarheten lagstiftningsvägen (DS 2015:32).

4.5 Utländska lotterier

Målet aktualiserar frågan om EU-rättens påverkan inom straffrätten.

Våren 2005 åtalades Expressens respektive Aftonbladets dåvarande chefredaktörer tillika ansvariga utgivare för brott mot lotterilagen, bestående i att de som chefredaktörer och ansvariga utgivare främjat deltagande i lotterier som anordnats utomlands genom att i tidningarna publicera annonser från ett antal utländska spelbolag.

Chefredaktörerna bestred ansvar och gjorde gällande att den svenska lotterilagstiftningen i olika hänseende stred mot EG-rätten. Stockholms tingsrätt ansåg inte att det fanns anledning att sätta den svenska lagstiftningen åt sidan med hänvisning till EG-rätten. Tingsrätten fann åtalen styrkta och dömde chefredaktörerna till böter för brott mot lotterilagen. Domarna överklagades till Svea hovrätt som beslutade att inte bevilja prövningstillstånd. Efter överklagande beviljade emellertid Högsta domstolen prövningstillstånd i hovrätten (NJA 2008 s. 92).

I hovrätten kom huvudfrågan i målet att bli om den aktuella svenska lotterilagstiftningen utgjorde en sådan EG-rättsligt förbjuden diskriminering att det förelåg hinder mot att fälla chefredaktörerna till ansvar med stöd av den.

Den för målen relevanta lagstiftningen var framförallt 38 och 54 §§ lotterilagen. Det förra lagrummet innehåller det s.k. främjandeförbudet, som innebär att det inte är tillåtet att i yrkesmässig verksamhet eller an-

nars i förvärvssyfte främja deltagande i ett inom landet anordnat lotteri som inte är tillåtet, eller ett utom landet anordnat lotteri. Det senare lagrummet är lotterilagens straffbestämmelse. I denna kriminaliseras, förenklat och såvitt nu är av intresse, dels att olovligen anordna lotteri (första stycket), dels att olovligen främja deltagandet i ett utom landet anordnat lotteri, om främjandet särskilt avser deltagande från Sverige (andra stycket).

Regleringen i 54 § andra stycket är således entydig, såtillvida att det inte är möjligt att döma den som främjar deltagande i ett otillåtet svenskt lotteri för ett självständigt brott mot främjandeförbudet enligt 38 §. Ett sådant främjande omfattas inte av lydelsen av 54 § andra stycket. Åklagaren gjorde dock gällande att 54 § inte stred mot EG-rätten bl.a. eftersom ett främjande av ett otillåtet svenskt lotteri kunde straffas som medverkan till brott enligt antingen 54 § första stycket eller brottsbalkens dobbleristrafbestämmelser och bestämmelser om medverkan.

Hovrätten begärde in ett förhandsavgörande från EU-domstolen. I sitt förhandsavgörande angav EU-domstolen bl.a. att artikel 49 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, som reglerar rätten till fri rörlighet för tjänster (nuvarande artikel 56 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt), skulle tolkas så att den hindrar en lagstiftning som innebär att den som främjar deltagande i utländska lotterier kan bli föremål för strängare påföljder än den som främjar anordnande av otillåtna lotterier i Sverige. EU-domstolen angav också att det ankom på den hänskjutande domstolen, dvs. Svea hovrätt, att pröva huruvida detta var fallet avseende den aktuella svenska lagstiftningen.

Jag tänker inte i detta sammanhang redogöra för hovrättens resonemang i någon detalj. Nämnas kan bara att hovrätten till slut fann att det straffrättsliga regelverk som åklagaren hänvisat till inte kunde anses omfatta främjande av ett otillåtet svenskt lotteri och att ett sådant främjande inte heller omfattades av 54 § andra stycket. Hovrätten kom därför till slutsatsen att den som enligt 38 § främjar deltagande i ett utländskt lotteri kan straffas strängare än den som främjar deltagande i ett otillåtet svenskt lotteri. Den aktuella straffbestämmelsen i 54 § stred således, enligt hovrätten, mot EG-rättens diskrimineringsförbud och fick därmed inte tillämpas mot chefredaktörerna. Hovrätten ogillade därför åtalet.

Även Högsta domstolen fann att den som främjar deltagande i utländskt lotteri i många fall kan komma att straffas strängare än om det i stället hade gällt ett otillåtet svenskt lotteri. Högsta domstolen uttalade dock även att så inte alltid är fallet och att det i någon mån beror av

omständigheterna i det enskilda fallet om en tillämpning av 54 § andra stycket lotterilagen strider mot EG-rätten, varvid det får prövas om motsvarande gärning skulle vara straffbar om den i stället hade gällt ett (otillåtet) svenskt lotteri. Högsta domstolen kom till slutsatsen att chefredaktörerna skulle bli föremål för strängare påföljder än den som främjar lotterier som utan tillstånd anordnas i Sverige, och fastställde därför hovrättens dom (NJA 2012 s. 1073).

Målet åskådliggör på ett tydligt sätt de begränsningar i normgivningen för den svenska lagstiftningen, i detta fall avseende svenskt spelmonopol, som EU-rätten kan innebära. Begränsningen kan få omedelbara effekter på bl.a. en kriminaliserings omfattning.

4.6 Europakonventionen – Långsam handläggning

Den mest genomgripande effekten av europarättens inflytande på domstolarnas verksamhet är förmodligen ändå europakonventionens krav på rättvis rättegång. Av särskild betydelse är frågan om långsam handläggning. Det omfattande arbete som domstolarna genomfört för att korta handläggningstiderna, såväl i allmän domstol som i förvaltningsdomstol, har i betydande utsträckning påverkats och influerats av de frekvent förekommande målen om skadestånd på grund av långsam handläggning. Även om det kan finnas synpunkter på hur dessa skadestånd bestämts i vissa fall måste denna utveckling generellt sett sägas vara mycket positiv för domstolsväsendet och allmänhetens tilltro till domstolarna. Som domstolschef är det en styrka att kunna vila sig mot konventionspraxis i dessa frågor.

Även i övrigt har europakonventionen stor betydelse, särskilt inom straffrätten. Tolkningsfrågorna, inte minst vid bedömning av normkonflikter i förhållande till nationell lagstiftning, blir då av stort intresse. Åke Green-målet och målen om ne bis in idem kan här tjäna som åskådnings-exempel.

4.7 Åke Green

Målet mot pastor Åke Green (NJA 2005 s. 805) angående hets mot folkgrupp är ett av de första exemplen på där en tydlig normkonflikt mellan svensk lagstiftning och de krav som europakonventionen ställer. Åke Green åtalades för att i en predikan i juli 2003 ha spridit uttalanden som uttrycker missaktning för homosexuella med anspelning på deras sexuella

läggning. Åke Greens avsikt, enligt åtalet, var att uttalandena skulle få en omfattande spridning på ett sätt som var ägnat att väcka betydande uppmärksamhet.

Högsta domstolen fann vid sin prövning att uttalandena överskridit gränsen för en saklig och vederhäftig diskussion rörande gruppen homosexuella och att Åke Green spridit dessa uttalanden i sin predikan inför församlingen i medvetande om att de skulle komma att uppfattas som kränkande. Enligt den innebörd av 16 kap. 8 § brottsbalken som kommit till uttryck i motiven fick uttalandena därför anses ha gett uttryck för missaktning av gruppen homosexuella.

Grundlagsbestämmelsen om religionsfrihet och yttrandefrihet kunde enligt HD inte medföra att Åke Green skulle gå fri från ansvar. Frågan var då om tillämpningen av bestämmelsen om hets mot folkgrupp i Åke Greens fall skulle strida mot Sveriges konventionsåtaganden. Efter ett längre resonemang uttalade HD att det var sannolikt att Europadomstolen, vid en prövning av den inskränkning i Åke Greens rättighet att förkunna sin i bibeln grundade uppfattning som en fällande dom skulle utgöra, skulle finna att inskränkningen inte är proportionerlig och därmed skulle utgöra en kränkning av Europakonventionen. Ansvarsbestämmelsen om hets mot folkgrupp skulle mot denna bakgrund tolkas mera restriktivt än vad dess förarbeten ger vid handen för att en konventionsenlig tillämpningskall uppnås. Åtalet ogillades.

Det är väl sannolikt att Högsta domstolen idag inte skulle ha uttryckt sig på det sätt man gjorde i domen. Att grunda avgörandet på en prognos om hur Europadomstolen skulle ha dömt i målet, om den haft målet till avgörande, framstår, som många framhållit, inte som helt naturligt, med tanke på att konventionen är införlivad med svensk lag och således är en del av vår inhemska lagstiftning.

4.8 Ne bis in idem

Frågan om tolkning av förbudet mot dubbelbestraffning vid tillämpning av bestämmelserna om skattebrott och skattetillägg är ett intressant exempel för en diskussion om tolkningen av såväl EU-rätt som konventionspraxis. En kort rekapitulation.

I artikel 4.1 i sjunde tilläggsprotokollet till Europakonventionen stadgas att ingen får lagföras eller straffas på nytt i en brottmålsrättegång i samma stat för ett brott för vilket han redan blivit slutligt frikänd eller dömd i enlighet med lagen och rättegångsordningen i denna stat.

Dubbelbestraffningsförbudet finns även reglerat i EU-rätten. I artikel 50 i EU-stadgan, som även den är rättsligt bindande för Sverige, återfinns ett förbud mot dubbel lagföring och dubbla straff som motsvarar det i artikel 4.1 i sjunde tilläggsprotokollet till Europakonventionen.

Enligt tidigare gällande svensk rätt har ett och samma oriktiga uppgiftslämnande i skatteförfarandet kunnat ge upphov till såväl påförande av skattetillägg som påföljd för skattebrott. De båda sanktionerna följer olika regelverk och handläggs i skilda förfaranden. Det främsta principiella särdraget är att skattetillägget inte kopplas till något subjektivt rekvisit och således – till skillnad från det straffrättsliga ansvaret – inte förutsätter uppsåt eller oaksamhet hos den skattskyldige.

Förhållandet mellan detta sanktionssystem och dubbelbestraffningsförbudet har varit föremål för diskussion under många år, egentligen ända sedan Europakonventionen inkorporerades i svensk rätt. Under det senaste dryga årtiondet har frågan även behandlats av både Europadomstolen, EU-domstolen och Sveriges högsta domstolar. Rättsutvecklingen genom denna praxis har, framförallt de senaste åren, varit dramatisk. Bl.a. kan följande fall nämnas.

I september 2004 meddelade Europadomstolen beslut i målet Rosénquist mot Sverige. Domstolen konstaterade då att det svenska systemet med dubbla sanktioner och två förfaranden vid oriktiga uppgifter i skatteförfarandet inte kom i konflikt med Europakonventionens dubbelbestraffningsförbud. Europadomstolen fäste avgörande vikt vid just skillnaden i subjektivt hänseende för påförande av skattetillägg respektive ansvar för skattebrott och de olika syften som bar upp reglerna om skattetillägg respektive bestämmelserna i skattebrottslagen. Påförande av skattetillägg och lagföring för skattebrott ansågs inte avse "samma brott" i dubbelbestraffningsförbudets mening.

I februari 2009 tog Europadomstolen på nytt ställning till innebörden av dubbelbestraffningsförbudet, i målet Zolotukhin mot Ryssland. Domstolen fann då skäl att ompröva sitt ställningstagande i frågan om vad som avsågs med "samma brott". Domstolen förklarade att artikel 4.1 i sjunde tilläggsprotokollet till Europakonventionen förhindrar ny lagföring och dom för ett "andra" brott i den mån detta härrör från identiska fakta eller från fakta som i allt väsentligt är desamma som beträffande det "första" brottet. Prövningen skulle därmed utgå från vad som bildar en uppsättning konkreta fakta som berör samma person och är ouppslösligen förbundna med varandra i tid och rum.

I september 2009 fann Regeringsrätten (RÅ 2009 ref. 94) att det svenska systemet med dubbla sanktioner och två förfaranden vid oriktiga uppgifter i skatteförfarandet inte var oförenligt med artikel 4.1 i sjunde tilläggsprotokollet till Europakonventionen. Regeringsrätten beaktade bl.a. både ovan nämnda domar från Europadomstolen. Regeringsrätten påtalade att den senare tydde på en ny utveckling av praxis men konstaterade också att den inte avsåg det svenska rättssystemet och dess särdrag.

I mars 2010 kom Högsta domstolen till samma slutsats som Regeringsrätten gjort i RÅ 2009 ref. 94 (NJA 2010 s. 168 I–II). Högsta domstolen fann således att det svenska systemet med två skilda förfaranden för prövning av frågan om skattebrott respektive skattetillägg inte kunde anses stå i strid Europakonventionens dubbelbestraffningsförbud, i vart fall inte på ett sådant tydligt sätt som enligt Högsta domstolen borde krävas för att den svenska lagstiftningen skulle sättas åt sidan av domstol.

I februari 2013 meddelade EU-domstolen ett förhandsavgörande i målet Åklagaren mot Åkerberg Fransson, med anledning av en begäran härom från Haparanda tingsrätt, där Åkerberg Fransson stod åtalad för grovt skattebrott. EU-domstolen fann att EU-stadgan var tillämplig på förfarandet såvitt det avsåg skyldigheten att deklarera mervärdesskatt och att, under förutsättning att skattetillägget var att betrakta som en sanktion av straffrättslig karaktär, det fick anses komma i konflikt med artikel 50 i EU-stadgan att först påföra ett skattetillägg och därefter utdöma ett straff.

I ett beslut i juni 2013 fann Högsta domstolen, bl.a. mot bakgrund av EU-domstolens respektive Europadomstolens avgöranden i målen Åkerberg Fransson och Zolotukhin, att det svenska systemet med dubbla sanktioner och två förfaranden vid oriktiga uppgifter i skatteförfarandet inte längre kunde anses förenligt med dubbelbestraffningsförbuden i Europakonventionen och EU-stadgan (NJA 2013 s. 502). Högsta domstolen konstaterade bl.a. att skattetillägget har straffrättslig karaktär, att skattetillägg och skattebrott som baserar sig på en och samma deklara-tionsuppgift avser "samma brott" i den mening som avses i dubbelbestraffningsförbuden, att förbuden i sådana fall således omfattar systemet med skattetillägg och påföljd för skattebrott, att de omfattar såväl mervärdesskatt som andra skatter och avgifter, att de gäller när skattetillägg och påföljd för skattebrott aktualiseras för en och samma fysiska person och att det föreligger hinder mot åtal för skattebrott från det att Skatteverket fattat sitt beslut om att påföra skattetillägg.

I ett beslut i juli 2013, i ett mål om resning, fann Högsta domstolen (NJA 2013 s. 746) vidare att när en brottmålsdom som har meddelats efter Europadomstolens dom i Zolotukhin-målet, dvs. efter den 10 februari 2009, är oförenlig med den rätt att inte bli lagförd eller straffad två gånger för samma brott som har konstaterats i NJA 2013 s. 502, så ska den dömde ha rätt till resning när ett återupptagande behövs för att avbryta ett pågående frihetsberövande eller annars när ett återupptagande utgör en betydligt mer ändamålsenlig gottgörelse än de andra alternativ som står till buds.

I en dom i oktober 2013 anslöt sig Högsta förvaltningsdomstolen (HFD 2013 ref. 71) till Högsta domstolens bedömning i NJA 2013 s. 502. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade att Högsta domstolen i nyssnämnda fall funnit att det föreligger hinder mot åtal för skattebrott när Skatteverket har fattat ett beslut om att ta ut skattetillägg. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade vidare att samma princip bör vara vägledande när ordningen mellan de båda förfarandena är den omvända. Från det att åtal väcks bör det således föreligga hinder mot att besluta om skattetillägg som grundas på samma oriktiga uppgifter som föranlett åtalet.

Särskilt HD:s resningsbeslut har väckt mycket uppmärksamhet. Beslutet har också fått utomordentligt stora konsekvenser. Antalet resningar till följd av beslutet är nu mycket stort. Jag har i den tidigare nämnda artikeln (SvJT 2014 sid 1) framfört vissa tveksamheter kring HD:s bedömning. Också Pauliine Koskelo har sin artikel behandlat frågan.⁴ Retroaktiviteten i HD:s bedömning är i sig en fråga som är värd att diskuteras. Personligen bedömer jag den inte som nödvändig. Att HD beviljar resning med återopande av artikel 13 som svensk lag väcker dock frågan om tolkningsmetod. Resningen i en situation som denna kan inte beviljas enligt svensk nationell lagstiftning. Artikel 13 grundar i sig inte heller några rättsmedel. Pauliine Koskelo kallar den tolkningsoperation som HD använder för ”domestic enhancement”, alltså att HD ger konventionen en nationell tolkning som går utöver konventionspraxis. Konsekvenserna av en sådan tolkningsmetod är svåröverblickbara. Det är i och för sig förståeligt att HD sökte efter ett effektivt rättsmedel, när de väl kom fram till slutsatsen att ge tolkningen i sakfrågan retroaktiv verkan. Men tolkningsmetoden är inte invändningsfri.

⁴ SvJT 2014 s. 637.

4.8 Extern adjunktion

Systemet med extern adjunktion, alltså att kvalificerade jurister kan tjänstgöra som domare i överrätt under en begränsad tid eller för enskilda mål, bygger på tilltron till att svenska jurister och ämbetsmän kan upprätthålla olika roller vid olika tidpunkter, utan att det kommer i konflikt med jävsreglerna. Extern adjunktion regleras för hovrätternas del i 44 § hovrättsinstruktionen, enligt vilken bl.a. en åklagare, en lagfaren professor eller docent i ett rättsvetenskapligt ämne eller annan med mångårig erfarenhet av ett rättsområde som förekommer i hovrätten eller en ledamot av Sveriges advokatsamfund får förordnas till adjungerad ledamot. Ett skäl för denna ordning har varit att tillföra domstolen erfarenhet från andra yrkesområden och ansträngningarna att bredda basen för anställning till ordinarie domare. Sådan adjunktion förekommer också i betydande utsträckning. Domstolsverket avsätter årligen cirka 30 miljoner kronor för ändamålet. Den har ansetts som mycket värdefull, såväl för domstolarna som för dem som adjungerar. Det har också visat sig att extern adjunktion starkt bidragit till att särskilt advokater och åklagare kunnat meritera sig för att få domartjänster. De som adjungerat i överrätt har också generellt klarat sig bra i domarrollen.

Denna modell har sin motsvarighet i övriga nordiska länder, särskilt i Danmark och Norge. I båda dessa länder finns en etablerad ordning där tjänstlediga åklagare och andra jurister förordnas som domare under viss tid. I Danmark är tjänstgöring under minst nio månader i lagmansrätt obligatorisk för att erhålla en ordinarie domartjänst.

Men den nordiska synen på jävsfrågorna har påverkats av europarättsens inträde. Särskilt Europakonventionen och Europadomstolens praxis har betydande effekter på frågan om domarjäv. Såväl HFD som HD har under senare tid prövat frågan om domarjäv vid extern adjunktion. I målet HFD 2011 ref. 15 ansågs jäv föreligga för en adjungerad ledamot i kammarrätt som var tjänstledig från Skatteverket i ett mål där Skatteverket var part. I HD:s beslut 25 juni 2014 ansågs, på samma sätt, jäv föreligga för en adjungerad ledamot som var tjänstledig från sin anställning vid åklagarmyndigheten vid avgörande av ett brottmål. Enligt HD kan en åklagare som är ledamot av rätten uppfattas som en företrädare för åklagarfunktionen som sådan och hysa lojalitet mot sin yrkesroll. En sådan uppfattning utgör enligt HD rimlig grund för tvivel om ledamotens opartiskhet.

HD tillämpar i målet generalklausulen om jäv i 4 kap. 13 § 10 rättegångsbalken. Europadomstolens avgöranden angående domarjäv ges en betydande påverkan på tolkningen. Det är således frågan om en fördragskonform tolkning. Det är intressant att notera att HD uppenbarligen inte uppfattar att det är fråga om en normkonflikt, trots att hovrättsinstruktionen tydligt reglerar frågan om extern adjunktion. Bestämmelsen i 44 § måste uppfattas så att ett av huvudsyftena med adjunktion av åklagare är att tillföra hovrätten den särskilda straffrättsliga och straffprocessuella kompetens som åklagare kan ha förvärvat. I vart fall kommenteras inte den uppenbara normkonflikt som här uppstår. Det är möjligt att HD uppfattar regleringen närmast som administrativ, för vilket också skulle tala att det är en reglering på förordningsnivå.

Avgörandet har fått stora konsekvenser för systemet med extern adjunktion, särskilt i hovrätt. Det har, om än inte upphört, så i vart fall minskat drastiskt. Jag är för egen del inte övertygad om att sådan adjunktion är oförenlig med europakonventionen, en bedömning som gjorts också av våra danska kollegor. I konventionspraxis finns utrymme för att ta hänsyn till rättstraditionen i respektive land. Målen i europadomstolen prövas i sin nationella kontext och det är inte givet att bedömningen av en fråga blir densamma oberoende av vilket lands rättsordning som är under prövning. Det gäller särskilt när olika intressen tydligt står mot varandra. Jävsfrågan ska för svensk del vägas mot strävan efter en öppen domarbana och syftet att skapa förutsättningar för en långsiktigt högkvalitativ domarrekrutering, i rättssäkerhetens intresse.

Man skulle också kunna fundera över om Högsta domstolen, när ett beslut av detta slag kan få så vittgående konsekvenser, borde bredda sitt underlag. Så skulle kunna ske exempelvis genom yttranden från fler överrätter, domstolsverket, åklagarmyndigheten och advokatsamfundet. Att låta utomstående experter och organisationer yttra sig i processen sker exempelvis i den tyska författningsdomstolen och har förekommit också i Högsta domstolens historia. Jag uppfattar ändå HD:s avgörande så, att domstolen inte anser sig ha utrymme för att beakta konsekvenserna för systemet med extern adjunktion när jävsfrågan prövas.

5 Avslutande diskussion

5.1 Effekter för landets domare

Det är ingen tvekan om att europarättens ökade inflytande fått stora konsekvenser för landets domstolar, vilket inte minst de angivna exemplen visar. Europarättsliga aspekter är numera mycket vanliga i våra mål. Samtidigt är det lika klart att diskussionen om dessa konsekvenser, trots att det nu är 20 år sedan EU-medlemskapet och införlivandet av europakonventionen i svensk rätt, ännu inte helt tagit fart i domarkåren. Det gäller inte minst de känsliga frågorna kring normkonflikter och normutfyllnad som europarätten allt oftare aktualiserar.

Den svenska domartraditionen är grundad i nordisk rättstradition, med ett starkt ämbetsmannaiideal. Domaren är en lojal uttolkare av rätten och verkar inom ramen för ett tydligt regelverk, skapat av lagstiftaren. Europarättens inflytande utmanar dessa ideal på ett sätt som vi måste förhålla oss, men där diskussionen i domarkåren ännu inte är särskilt utvecklad. Pauliines Koskelo beskriver i den tidigare nämnda artikeln denna utveckling. Hennes analyser är, enligt min mening, osedvanligt klarsynta och tankeväckande. Artikeln kan tjäna som ett mycket bra underlag för en diskussion om domarrollen i det nya rättsliga landskapet som bl.a. inflytandet av europarätten skapar.

Den konstitutionella maktindelningen bygger på att grunden för domstolarnas legitimitet och oavhängighet är att domstolarna upprätthåller och är bundna av en rätt som skapas av andra. Om domaren går utanför den basen och börjar skapa rätt äventyras domstolarnas legitimitet. I detta synsätt ligger också en förutsättning att domaren så långt det är möjligt ska vara värderingsneutral, i den meningen att hans eller hennes personliga värderingar så långt möjligt ska hållas utanför beslutsfattandet. Principerna om legalitet, förutsebarhet och likabehandling bygger på att två domare ska komma till i princip samma resultat på samma underlag.

Att domare ”skapar” rätt medför också andra nackdelar. Domstolar har inte den möjlighet till konsekvensanalyser som ett omsorgsfullt lagstiftningsarbete innefattar. Sambandet mellan normgivningsmakten och budgetmakten faller också bort. Den folkliga förankring som normgivning genom regering och riksdag förutsätter saknas också när normgivningen kommer från domstol. Men europarättens inflytande påverkar förutsättningarna för att upprätthålla denna grundläggande maktbalans.

Den svenska domaren är fostrad i en tradition med relativt tydlig lagstiftning, där de politiska intentionerna med regelverket kommer till klart uttryck i lagtext, kompletterad med förarbeten, såsom betänkan- den, lagrådsremiss, lagrådsyttranden och propositioner. Vi är vana vid att finna ledning för våra ställningstaganden i underlag som på ett eller annat sätt är skapat eller initierat av lagstiftaren.

Men europarätten har en annan karaktär. De grundläggande nor- merna är ofta relativt vaga och otydliga. De är i regel tillkomna i politiska förhandlingar, där en viss otydlighet kan ha varit ett politiskt pris som fått betalas för att enighet eller majoritet kring normer ska kunna ha ska- pats. Några mer omfattande förarbeten finns sällan. Min erfarenhet från departementstiden för drygt tio år sedan var också att EU-lagstiftningen inte sällan höll en rätt låg kvalitet.

Dessa inte sällan vaga normer får sedan mycket av sin konkretion genom de övernationella europeiska domstolarna, EU-domstolen och Europadomstolen. Det finns dock, som Pauliine Koskelo påpekar, en avsevärd skillnad mellan dessa två domstolar och deras sätt att verka. För- farandet inför EU-domstolen initieras av nationella domstolar och pro- cessen inför domstolen är bred. Inte bara de enskilda parterna, utan också institutionerna och medlemsländernas regeringar får medverka och bidra med synpunkter och argument. Europadomstolen, å sin sida, tar ställ- ning till enskilda klagomål i en smal processuell konstellation. Samtidigt kan domstolens avgöranden, som det visat sig, få vittgående konsekven- ser på det europeiska planet.

Det starka inflödet av europeiska normer skapar svårigheter i rätts- tillämpningen. Svårtolkade kollisioner mellan nationell lagstiftning och europarätten uppstår. Svårigheterna uppstår inte bara vid tydliga norm- konflikter, utan inte minst när den svenska lagstiftningen ska tolkas konformt med ett åtagande eller en föreskrift inom europarätten. Våra traditionella tolkningsmetoder ger sällan ledning vid sådana operationer.

Utvecklingen har, som jag tidigare påpekat, gett domarna större makt. De ovan givna exemplen åskådliggör detta på ett tydligt sätt. Inte minst exemplen inom miljörätten visar att beslutsmakten i stor utsträckning överförts från politiska organ till domstol. Hur vi förhåller oss till den makten är en viktig fråga. Under seminarierna i anledning av hovrättens jubileum underströk flera deltagare att det förhållandet att domstolarna fått mer makt gör det än mer angeläget att domarna i sin rättstillämpande verksamhet iakttar återhållsamhet vad avser att ta på sig normgivnings- makt. Ju större frihet domstolarna har, desto viktigare att domarna så

långt möjligt upprätthåller den grundläggande konstitutionella maktindelningen.

Det ligger, som jag tidigare påpekat, en återhållsamhet i den svenska domarkulturen. Den ökade makt som följt i spåren av europarättens intåg och internationaliseringen i övrigt är, såvitt jag kan bedöma, något som inte mötts av någon större entusiasm i domarkåren – i vart fall inte på underrättsnivå. Självklart har våra domare ansträngt sig för att tillgodogöra sig de nya rättskällorna och den nya lagstiftningsmiljön. Men det är en överdrift att påstå att debatten kring frågorna varit livlig.

Mitt intryck är att debatten kring europarättens inflytande på våra domstolar helt dominerats av akademiker. En viss omsvängning synes dock vara på väg. Inte minst europakonventionen har blivit en så tydlig del av vår vardag att allt fler domare engagerar sig i frågan. Våren 2014 skrev jag en artikel i SvJT om det nya rättstillämpningsklimatet, med utgångspunkt i Högsta domstolens verksamhet under senare år.⁵ I artikeln ställde jag mig, lite förenklat, bakom den återhållsamma och lite försiktiga linje som jag uppfattat präglar de svenska domarna i allmänhet. Debatten blev rätt livlig. En del skarpa kommentarer följde, inte minst från jurister med europarättslig bakgrund. Det glädde mig att frågan väckte intresse, vilket var avsikten.

Vi måste utveckla vår förmåga att tolka och analysera de europeiska domstolarnas avgöranden, på samma sätt som vi tolkar och analyserar våra högsta domstolars domar och beslut. Särskilt vad avser Europadomstolens avgöranden har det, enligt min uppfattning, funnits en viss överdriven respekt och också tendenser till övertolkning. Den kritiska analys av domstolens förutsättningar för sitt arbete som Pauliine Koskelo ger uttryck för i sin artikel tycker jag att det ligger mycket i. Självklart ska vi ha en respekt för upprätthållandet av de grundläggande minimirättigheter som Europadomstolen är satt att bevaka. Men vi ska också vara medvetna om att den utvecklade rättighetsdoktrinen kan leda till tillämpningssvårigheter. En sådan är att olika rättigheter kan strida mot varandra. Åke Green-målet är ett sådant exempel, där religionsfrihet och yttrandefrihet ställs mot skyddet mot kränkning för personer med viss sexuell läggning. Få rättigheter är absoluta.

På sikt tror jag dock att vår relation till europarätten kommer att avdramatiseras. Det något yrvakna sätt som vi fortfarande – 20 år senare –

⁵ En Offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning, SvJT 2014 s. 1.

behandlar de europarättsliga frågorna kommer så småningom att övergå i ett normaltillstånd, där europarätten blir en del av vardagen, precis som annan lagstiftning. Den vördnad och respekt med vilken vi nalkar oss såväl EU-rätten som europakonventionen kan då också förhoppningsvis minska. Europarätten är en del av vår interna lagstiftning och ska behandlas på samma sätt. Paradoxalt nog tror jag att europarättens legitimitet i Sverige härigenom kommer att öka.

5.2 Europarätten i juristutbildningen

Min erfarenhet från hovrätten och tidigare från departementet och åklagarväsendet är att juristutbildningen idag ger en god kunskapsgrund för kvalificerat juristarbete. Frågan är dock om den helt hängit med i tiden.

Man kan lite förenklat säga att juristrollen ofta innebär att man tar en osorterad mängd information, lägger ett raster av normer över denna information och därefter sorterar och analyserar informationen utifrån denna norm. Med denna utgångspunkt är det naturligtvis viktigt att man som jurist har kunskap om normernas innehåll. Med dagens diversifierade normgivning och höga lagstiftningstakt är det dock än viktigare att snabbt kunna orientera sig på ett rättsområde som man kanske inte är helt bekant med och dra riktiga slutsatser. Arbets sättet, sättet att tänka och förhållningssättet till källorna är av central betydelse. Europarätten och den närmast oöverskådliga mängd normer de europeiska institutionerna sköljer över oss gör förmågan att orientera sig i ett okänt landskap än mer central.

På samma sätt som för domstolarna är det enligt min mening viktigt att de juridiska fakulteterna behandlar europarätten som en integrerad del av den svenska lagstiftningen. Europarätt är inte något som bör behandlas som en särskild disciplin, utan som en integrerad del av olika materiella rättsområden. Den ibland överdrivna vördnad och de tendenser till övertolkning som jag tycker mig ibland iaktta skulle härigenom kunna motverkas. Vad jag iakttagit om hur Uppsalafakulteten lägger upp sin utbildning tror jag en sådan utveckling är på god väg. Jag har under några år haft förmånen att tala med första årets studenter om dessa frågor. Uppgiften är stimulerande och studenternas reaktioner har varit intressanta och berikande.

