

Att skapa en mänsklig rättighet

av Hans-Gunnar Axberger

Av Hjalmar Dunås*

1. Inledning

Den 5 februari 2018 anordnade Stiftelsen Rättsfonden ett seminarium¹ med anledning av en nyutgiven skrift i serien Våra rättigheter.² Skriften i fråga var Hans-Gunnar Axbergers *Att skapa en mänsklig rättighet – analys av en dom i Europadomstolen*, vilken författaren själv presenterade vid seminariet.

I skriften har Axberger granskat domen *Ungerska Helsingforskommittén mot Ungern* från den 8 november 2016 (18030/11), vilken i stora drag handlar om huruvida rätten till yttrandefrihet inkluderar en rätt till allmänna handlingar. Domen aktualiserar dock vissa (ännu) större frågor kring Europadomstolen. I inbjudan till seminariet (liksom på bokens baksidetext) frågas i ljuset av domen om Europadomstolen gör rätt saker och om den har rätt att göra det den gör. Axberger granskar domen i syfte att diskutera hur Europadomstolen idag arbetar och frågar sig även om skyddet för våra grundläggande rättigheter fungerar som det bör.

Seminariet (hållet på Konstnärsgårdens övervåning) inleddes av Axberger, med efterföljande kommentarer från professor Inger Österdahl, advokat Jan Södergren samt författaren och styrelseledamoten i Rättsfonden Maciej Zaremba. Där-

* Biträdande jurist på Mannheimer Swartling samt återkommande referent å Stiftelsen Rättsfondens vägnar.

¹ Stiftelsen Rättsfonden har arrangerat en lång rad seminarier, varav åtskilliga refererats av Eddie Exelin i Europarättslig tidskrift. Se Arbetskraftsinvandring – utvisning med bristande lagstöd?, ERT 2017 s. 447 ff.; Offentliga tjänster i ett civilrättsligt perspektiv, ERT 2016 s. 635 ff.; Decem-beröverenskommelsen och den svenska parlamentarismens framtid, ERT 2015 s. 969 ff.; Politiska partier i skolan, ERT 2015 s. 456 ff.; Den personliga integriteten och den konstnärliga friheten, ERT 2014 s. 413 ff.; Domstolarnas oberoende och självständighet, ERT 2014 s. 181 ff.; och Domarens ansvar för en rättssäker brottmålsprocess, ERT 2013 s. 889 ff. Undertecknad har stått för de senaste referateten, se Makt, rätt och USA:s högsta domstol, ERT 2017 s. 669 ff. samt Reträtt för den svenska rättsstaten, ERT 2017 s. 861 ff. Referaten finns även tillgängliga på Stiftelsen Rättsfondens hemsida; www.rattsfonden.se/referat.

² Skriften är publicerad som nummer VI i serien. Dessförinnan utgavs Våra rättigheter V år 2007 som en minnesskrift till Gustaf Petrén som var Stiftelsen Rättsfondens ordförande under nästan tjugo år.

efter följde en mer allmän diskussion. Rättsfondens verkställande ledamot Karin Åhman modererade. I följande referat återges Axbergers anförande mer utförligt medan efterföljande kommentarer och diskussion sammanfattas eller integreras i fotnotsapparaten.

2. Bakgrund

Axberger inledde med att ange några ramar och avgränsningar för diskussionens innehåll. För det första har Europadomstolens utveckling ofta diskuterats ur ett storpolitiskt perspektiv, i termer av domstolens skiftande roll under epoker som det Kalla kriget, den europeiska euforin efter murens fall och den reaktion i form av geopolitikens återkomst som vi nu upplever. Detta perspektiv har Axberger inte anlagt. För det andra menade Axberger att han inte haft för avsikt att göra något inlägg i diskussionen om huruvida Europasamarbetet ska vara federalt eller mellanstatligt. Europadomstolen är i det sammanhanget ett federalt inslag, men det var inget Axberger ifrågasatte. Tvärtom framhöll han att domstolen *måste* ha en överstatlig funktion för att Europakonventionen ska fungera. Däremot sade sig Axberger ha intresserat sig för hur långt den funktionen ska sträcka sig. Huruvida Europadomstolen ska vara ”en rättighetsdomstol eller en europeisk konstitutionsdomstol” identifierade han som en nyckelfråga.

Den närmare bakgrunden till sammansättningen av skriften *Att skapa en mänsklig rättighet* beskrev Axberger som ”*delvis personlig*”. Europadomstolen och Europakonventionen började få genomslag i Sverige som en motvikt till en alltmer dogmatisk och så småningom till och med degenererad rättspositivism.³ Domstolen bidrog med en mer principiell och värdebaserad syn på rätten än den ”juridiska ingenjörsteknik vi fick lära oss på 1970-talet”.

Detta var åtminstone Axbergers bild innan han för tio år sedan sattes att som justitieombudsman tillämpa Europakonventionen. Det blev då allt tydligare att det som såg rimligt och klokt ut i enskilda domar var svårtytt och inkonsekvent som praxis. Det hände, berättade Axberger, att det inte gick att förstå annat än att den ena domstolsavdelningen inte hade läst vad den andra skrivit. Axberger besvärades då också av att domstolen när det gällde exempelvis polis- och åklagarfrågor inte verkade bry sig så mycket om hur de rättigheter som slogs fast skulle kunna förverkligas i ”*rättslivets grå vardag*” – i en polisarrest, under jourtid eller över huvud taget under alla de skiftande och svårförutsedda förhållanden varunder även rättighetsregler måste kunna fungera i praktiken. Vid flera tillfällen visade sig det, efter en genomgång av tjugtals domar, att rättegångsbalken ”*och kanske lite hjälp av Ekelöf och Fitger*” gav betydligt bättre vägledning även i rättighetsfrågor.

³ Senare under seminariet gav Axberger rättspositivismen viss upprättelse och anförde att den borgat för en (relativt) utbredd respekt för jurister i Sverige, i kraft av deras opolitiska hantverk.

Axberger berättade sedan att när han förra året fick syn på den dom han nu skrivit om väcktes minnena från tiden som justitieombudsman till liv. Eftersom han hade tid bestämde han sig för att läsa domen noga. Redan där stötte han på problem. Domen upptar lika mycket plats i boken som det han själv skrivit – mer i själva verket, eftersom den är tätare satt. Att ta reda på vad ett så omfattande dokument innehåller visade sig vara tidsödande, särskilt som domstolen med Axbergers ord ”*inte anstränger sig för att vara begriplig*”. Axberger roade sig således med att bryta ned rubriksättningen till en innehållsförteckning, varvid resultatet blev ”*ett gytter med sju olika rubriknivåer, som såg ut som en provkarta över typsnitt och stilarter*”. Axbergers tanke var i alla händelser inte att göra som man brukar med domstolens praxis, dvs. beskriva den som rättsgrundsatser och principer och ”*stödja det med hänvisningar till enskilda, inte närmare beskrivna fall*”. I stället ämnade Axberger utgå från denna enda dom, för att se vilka slutsatser och iakttagelser som skulle falla ut från en sådan granskning.

3. Domen i korthet

Axberger redogjorde för vad domen handlade om sammanfattade varför den var juridiskt intressant. Den ungerska Helsingforskommittén (Magyar Helsinki Bizottság) misstänkte att polisen lät försvararuppdrag gå till advokater som var mer lojala mot polisen än mot sina brottsmisstänkta klienter. Därför begärde kommittén ut namn på alla anlitade advokater och uppgift om hur många uppdrag de fått. Misstanken eller hypotesen var förstas att ”*lojala*” advokater fick fler förordnanden än sådana som uppfattades som mer ”*besvärliga*”.

De flesta polismyndigheter lämnade ut information men några vägrade. Det blev en process av detta och ungerska högsta domstolen gav polisen rätt med hänvisning till den ungerska lagstiftningen om skydd för personuppgifter.

Kommittén vände sig då till Europadomstolen. Frågan där kom att gälla om *rätten till yttrandefrihet* enligt artikel 10 inkluderar en skyldighet för myndigheter att lämna ifrån sig information. Frågan hänsköts direkt till stor kammare som med röstsiffrorna 15 mot 2 gav Helsingforskommittén rätt. Motiveringen var, ”*kort uttryckt*”, att den som begagnar sin yttrandefrihet har rätt till information som annan innehar, om informationen behövs för det som vederbörande vill diskutera. Förutsättningen för att rättigheten ska föreligga är att saken har ett allmänt intresse, att sökanden är kvalificerad att hantera informationen på ett ansvarsfullt sätt och att den finns tillgänglig (*”ready and available”*).

Det intressanta med domen, menade Axberger, är att det inte finns någon bestämmelse i Europakonventionen om rätt till information, än mindre någon offentlighetsprincip. Det närmaste man kommer är när det i artikel 10 talas om en rätt att *motta* information. Att motta information är dock inte detsamma som en rätt att *få tillgång till* information *hos andra*. Såvitt Axberger kunnat se har detta

bekräftats i ”*alla ledande kommentarer*”, inklusive Hans Danelius standardverk.⁴ Doktrinen hänvisar till ordalydelsen i artikel 10 och till domstolens praxis (”*case-law*”). Praxis framstår (eller framstod) i ett längre perspektiv som ovanligt klar. Axberger nämnde att den nuvarande svenska domaren i Europadomstolen kort före denna dom skrev att domstolen flera gånger ”*tämligen kategoriskt konstaterat att konventionen inte innefattar någon rätt för var och en att på begäran ta del av information från myndigheter*”.

Vad Europadomstolen således gjort, menade Axberger, är att den ”*helt enkelt skapat en ny rättighet*”, som inte funnits vare sig i konventionstexten eller i domstolens egen praxis. Och det är väl intressant, konstaterade Axberger torrt, att en tjänstemannadomstol i Frankrike från den ena dagen till den andra kan skapa en ny rättighet för 800 miljoner människor, med bindande verkan för 47 självständiga stater – utan utredning, beredning eller remissförfarande, och framför allt helt utan förankring i demokratiskt valda organ.

4. Synpunkter och kritik

Axberger sammanfattade sina synpunkter och sin kritik mot domen enligt följande. Trots att syftet med domen är att ge vägledning inom ett mycket stort och heterogent upptagningsområde verkar den sakna pedagogisk ambition. Tvärtom är ställningstagandena spridda över dokumentet – ”*man bläddrar fram och tillbaka för att förstå vad som sägs, ibland bara för att till sist konstatera att det inte går ihop*”.

Detta gäller till exempel i huvudfrågan kring den nya rättigheten. På ett ställe, noterade Axberger, spelas den ned till obetydlighet. Det sägs att det i *mycket speciella fall* kan finnas ett *visst utrymme* för en *begränsad möjlighet* att medge en sådan rättighet. På andra ställen framgår utförligt att rättigheten är substantiell, med stor utvecklingspotential. Axberger framhöll att han inte var ensam om att ha uppmärksammat detta utan att även professor Inger Österdahl lyft fram detta i en uppsats om domen.⁵ Därmed kan domen få stora praktiska konsekvenser i medlemsstaterna, vilka de två skiljaktiga domarna pekat på. Det är dock enligt Axberger ”*inget som bekymrat domstolen*”, vilken istället lämnat en rad uppenbara följdfrågor obesvarade. Det är, ansåg Axberger, återigen ett exempel på att domstolen inte intresserar sig för hur abstrakta rättigheter ska förverkligas.

⁴ Se Danelius, H., Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, 5 uppl., 2015, s. 510. Som Axberger själv noterar i sin bok (s. 13 not 3) har Danelius i den senaste upplagan tillfört att domstolen numera anser att artikel 10 i vissa fall innefattar en skyldighet att lämna ifrån sig information av betydelse för samhällsnyttigt arbete (a.a., s. 511).

⁵ Se Österdahl, I., Open European future? The development of the right of access to information under the European Convention on Human Rights, i Transparency in the future – Swedish openness 250 years.

Axberger ville särskilt påpeka att Europadomstolen inte uttryckligen avgränsar den nya informationsrätten till det allmänna. Med tanke på att man alltmer använder konventionen horisontellt befarade Axberger att rättigheten säkerligen kommer att åberopas även mot enskilda. Företag, föreningar, stiftelser och andra skulle därmed kunna åläggas att förse kritiska granskare med intern information. Axberger tillstod att detta väl kan vara ”*vettigt ibland*”, men att vi i Sverige försökt lagstifta om meddelarfrihet i privata verksamheter under decennier utan att lyckas.

En annan ”*märklighet*” som Axberger lyfte fram är att Europadomstolen i domen avviker från sin och EU-domstolens etablerade syn på skyddet för personuppgifter. Den ungerska statens inställning låg i själva verket i linje med den europarättsliga. Axberger tog upp att två domare i majoriteten känt sig så obekväma med detta att de avgett ett yttrande. Yttrandet är rubricerat som *concurring opinion*, dvs. som ett instämmande, men är i praktiken en skiljaktig mening. De två domarna beklagar att domstolen avviker från vad som är praxis i både Luxemburg och Strasbourg och ”*pläderar*”, som de skriver, ”*för en snäv tolkning av domen i denna del*”. Eftersom de uppenbarligen inte fått med sig majoriteten på den skrivningen bör dock effekten bli den motsatta. Dessutom, menade Axberger, hade någon konventionskränkning inte konstaterats om domstolen skulle ha hållit fast vid etablerad praxis i den personrättsliga delen. Då hade skyddet för privatlivet enligt artikel 8 gått före artikel 10.

Den glädje som eventuellt går att känna för att ”*den dogmatiska synen på skyddet för personuppgifter får sig en törn*” grumlans av att detta sker på ett så godtyckligt sätt. Axberger menade att det (något tillspetsat) verkar som att viljan att kritisera Ungern fått domstolen att göra ett undantag från vad som annars gäller. Axbergers gissning var ”*att man nästa gång återgår till den tidigare ordningen*”.

Ett av de skäl som lyfts fram av domstolen, berättade Axberger vidare, är att det råder europeisk konsensus i rättsfrågan. Till stöd för det åberopas en undersökning som visar att alla stater utom Luxemburg har något slags offentlighetslagar. Det sägs inte mycket om vad undersökningen gällt men det nämns att den omfattar 31 länder. Siffran förbryllar, konstaterade Axberger, eftersom Europarådet består av 47 stater. Undersökningen åberopas fyra-fem gång och är därmed ingen bisak. Axberger berättade att han skickat ett e-postmeddelande till domstolen med fråga om vilka länder undersökningen omfattat och om han kunde få del av materialet. Det visade sig vara riktigt att bara två tredjedelar av staterna ingått. Undersökningen betraktades som intern och fick inte delges utomstående. ”*Ingen offentlighet i Europadomstolen*”, konstaterade Axberger och anförde vidare att detta inte är särskilt förtroendeingivande. Frågan om huruvida det råder europeisk konsensus är empirisk. De skiljaktiga bestred att de rättsliga reglerna på detta område var samstämmiga bland medlemsstaterna och det mesta talar för att de har rätt. Bland annat har Europarådet antagit en offentlighetskonvention från 2009 men den har inte trätt i kraft på grund av för få ratificeringar.

5. Det avgörande argumentet

Axberger framhöll att det framgår att Europadomstolen genomgående är medveten om att den rättsliga argumentationen är svag. Det domstolen till sist tillgriper som sitt avgörande argument är också det Axberger nämnde som svårast att godta. Argumentationslinjen går enligt följande.

Artikel 10 i Europakonventionen inkluderar en rätt att *ta emot* information. I en annan konvention – Förenta nationernas konvention om medborgerliga och politiska rättigheter från 1966 (ICCPR) – inkluderas även rätten att *söka* information. Detta har av en FN-kommitté och en FN-rapportör tolkats så att rätten att söka även innebär en skyldighet för staterna att *tillhandahålla* information. Enligt 1969 års Wienkonvention om tolkning av traktaträtten, paragraf 31 p. 3 c, ska man vid tolkning av internationella överenskommelser ta hänsyn till relevanta internationella rättsregler som är tillämpliga mellan parterna. Alla stater som lyder under Europakonventionen har anslutit sig till ICCPR. Alltså ska regleringen i ICCPR av yttrandefrihet och rätten till information, så som den tolkats av FN-kommittén och rapportören, vara vägledande för tillämpningen av artikel 10 i Europakonventionen. Slutsatsen blir att artikel 10 också ska anses innehålla en rätt att söka information och att den rätten ska förstås i enlighet med vad som uttalats av FN-organen.

Axberger framhöll att det tycks vara en viktig del i domstolens syn på Europakonventionen och på sig själv att inte se konventionen som en avgränsad rättighetsreglering utan som en integrerad del i ”*något mycket mer diffust och gränslös*”, nämligen den internationella rätten som helhet. Läser man reservationen och det särskilda yttrande som två av domarna i majoriteten skrivit menade Axberger att det framgår tydligt att det är detta som är skiljelinjen. De två skiljaktiga – en islänning och en dansk⁶ – ser Europakonventionen som ett avgränsat regelverk, som domstolen måste hålla sig inom.⁷ Majoriteten ser sig å andra sidan som företrädare för en internationell rätt de själva är satta att skapa, avrundade Axberger i denna del.

⁶ Nationaliteten på de skiljaktiga i denna och i vissa andra domar kom att diskuteras en del senare under seminariet. Några spådde en ökad regeringslojalitet i domstolarnas resonemang – där exempelvis polska och ungerska domare kan förväntas bli utsedda i kraft av en sådan lojalitet om nuvarande utveckling fortsätter – medan Axberger nöjde sig med att mer försiktigt konstatera att det troligen kan finnas en viss olikhet i hur domare från olika länder resonerar.

⁷ Senare under seminariet berättade Axberger att han, även om han höll med de skiljaktiga i sak, tyckte att det var anmärkningsvärt att de skiljaktiga inte författat sin skiljaktiga mening som alternativa domskäl utan snarare som en enda lång recension av vad majoriteten, ”*där majoritetens skäl ärligt talat förlöjligas*”. Axberger uttryckte viss oro för att det inte står helt väl till med kollegialiteten i domstolen.

6. Ett svenskt perspektiv – varför bry sig?

Rättspolitiskt går domen alltså ut på att vidga tillgången till information för den som vill diskutera allmänna angelägenheter, vilket Axberger beskrev som en ambition som det förstås finns all anledning att bejaka. Axberger presenterade dock i det följande flera skäl till att ändå bry sig om vad domstolen gjort.

För det första är den insynsrätt domstolen konstruerat snarare ett slags privilegium än en rättighet. Rätten gäller inte var och en, och inte vilken information som helst, utan bara den som av myndigheterna bedöms ha något angeläget att diskutera och som anses kunna göra det på ett ansvarsfullt sätt. Grundfelet i den konstruktionen, påpekade Axberger, är att bedömningen av vad som är angeläget att diskutera och vem som är kompetent att hantera informationen ska avgöras av den som inte frivilligt vill lämna ut informationen. Axberger konstaterade att en sådan ordning inte är något vi från svenskt eller nordiskt perspektiv har skäl att välkomna. Axberger menade även att själva principen som sådan är verklighetsfrämmande – den innebär att yttrandefrihet skulle förutsätta tillgång till information som innehas av andra. Axberger karakteriserade detta som *”ett bakvänt och illa genomtänkt sätt att motivera en medborgerlig rätt till insyn i allmänna angelägenheter”*. Även om vi i Sverige har en väl fungerande offentlighetsprincip på kort sikt noterade Axberger att det på längre sikt finns en tydlig tendens att ersätta svenska regler med europarättsliga. *”Om det är så här den europeiska offentlighetsprincipen ska se ut kommer det så småningom också bli så den ser ut hos oss”*, konkluderade han.

För det andra framhöll Axberger att vi som rättsstat bör slå vakt om att även internationella domstolar verkar på ett stabilt och förutsebart sätt. Om vi skriver under en konvention och övervakningsorganet egenmäktigt ändrar innehållet i konventionen är det problematiskt oavsett vad vi tycker om ändringen som sådan. Domstolens till synes bristande förmåga och vilja att upprätthålla en stabil praxis nämndes som särskilt problematisk. Axberger nämnde att Lagrådet i ett yttrande sagt att Europadomstolen inte verkar ha ambitionen att utarbeta en praxis som står sig över tiden.⁸ Det yttrandet bidrog i sig till att Axberger fick *”råg i ryggen”* att förverkliga bokprojektet. Axberger menade att Lagrådet i sin lakoniska form sammanfattar hans egen erfarenhet. Även om formuleringen kan tyckas uppseendeväckande framhöll Axberger att han tror att det Lagrådet skriver är bokstavligen sant: Europadomstolen *har inte* ambitionen att utarbeta en praxis som står sig över tid.

Axberger beskrev hur Europadomstolen sedan länge *”surrat sig vid doktrinen om det levande instrumentet”*, det vill säga att Europakonventionen hela tiden måste kunna utvecklas av domstolen. En sådan doktrin skapar spänning i förhållande till önskemål om en förutsebar och stabil konventionstolkning. Två av domarna går i domen så långt att de skriver att doktrinen om det levande doku-

⁸ Lagrådets yttrande den 13 juni 2017, Skadestånd och Europakonventionen.

mentet är en förutsättning för Europakonventionens överlevnad. ”*De har naturligtvis fel*”, ansåg Axberger. Han framhöll att konventioner liksom lagar självklart måste kunna anpassas i tillämpningen, men att det inte är domaruppgifter att ändra dem, utvidga dem och att skapa nya rättigheter. Domstolar ska, ”*som det heter i svenska hävder*”, vara *självständiga under lagarna*, men inte *självhärskande* över dem.

Axberger anförde vidare att Europadomstolens företrädare ibland till och med gör en dygd av att lämna omgivningen i ovisshet. Han tog därvidlag upp ett citat som åtminstone två av domstolens tidigare presidenter återgett med gillande, från en professor Constance Grewes: ”*Il n'appartient pas au juge de faire oeuvre de doctrine; les incohérences de sa jurisprudence préservent l'ouverture et obligent à persévérer dans la pensée complexe*”. Alltså: det är inte domarens sak att skapa doktrin och inkonsekvens i rättstillämpningen bevarar öppenheten och tvingar domaren att upprätthålla en komplex tankeprocess. Det är helt enkelt, menade Axberger, en uppmaning till domstolen att undvika tydlighet i syfte att hålla öppet för förändring – ett slags ”*postmodernt credo*” som när det citeras av domare i Europadomstolen framstår som en bekräftelse på Lagrådets beskrivning.

Att utvecklingen gått mot detta håll har också, enligt Axberger, med den institutionella uppbyggnaden av domstolen att göra. Ursprungligen fanns det (något förenklat) en kommission som sorterade och föreslog och en domstol som dömde. Den ordningen ersattes av fem fasta avdelning och *ad hoc*-sammansatta storkammare. Axberger menade att risken att praxis ska spreta ökar med den modellen. Tanken är att risken ska motverkas av möjligheten att avgöra principfrågor i storkammare, ”*men det har blivit rätt rörigt*”. Framför allt är det oklart hur enskilda kammardomar ska värderas. I den under seminariet diskuterade domen har domstolens majoritet inte gjort någon större skillnad mellan kammardomar och storkammardomar, samtidigt som reservanterna dömt ut kammardomar (som varit helt avgörande för majoriteten) som totalt betydelselösa. Om domare i Europadomstolen kan förhålla sig på det viset till tidigare domar anförde Axberger att det rimligen öppnar för nationella instanser att göra på samma sätt. Domstolen är därmed ”*uppbyggd så att det försvårar en enhetlig praxisbildning*”.

7. Sammanfattande svar på initialt ställda frågor

7.1 Gör Europadomstolen rätt saker?

Som framgått ovan ställdes i såväl inbjudan som på bokens baksidetext två frågor, varav den första framgår i rubriken ovan och den andra nedan. Axberger avslutade sitt anförande med att sammanfattningsvis besvara dessa frågor.

Beträffande huruvida Europadomstolen gör rätt saker anförde han att det sedan länge är känt att domstolen har ”*orimliga balanser och mycket långa handläggningstider*”. Redan av det skälet borde det enligt Axbergers mening vara självklart

att domstolen ska koncentrera sig på rättighetsfrågor och det som står i Europakonventionen, istället för att utöka sin börda. Därför bör den även avstå från ambitionen att vara en europeisk konstitutionsdomstol. Till detta finns ytterligare skäl. Till exempel är Europakonventionen ingen konstitution. När den tillkom övervägdes att ta in sådana inslag, men den tanken förkastades. Det betyder att det saknas en författningsbas – en konvention med stadganden av konstitutionellt slag – för domstolen att tillämpa vid bedömningen av konstitutionella frågor. Dessutom skiftar förhållandena alltför mycket mellan medlemsstaterna och uppvisar olika statsskick och rättsordningar som *”inte kan harmoniseras domstolsvägen”*. Ambitionen att vara en konstitutionsdomstol kolliderar även med EU-rätten. EU-domstolen har konstaterat att redan en anslutning av Europeiska Unionen till Europakonventionen strider mot unionens fördrag.

7.2 Har Europadomstolen rätt att göra det den gör?

Axberger anförde i denna del att domen är illustrativ. Den stora majoriteten av femton domare anser att Europakonventionen ska tolkas som en del av internationell rätt medan minoriteten bestående av två domare anser att domstolen ska hålla sig till Europakonventionen. Axberger ansåg det självklart att Europadomstolen inte har mandat att tillämpa andra konventioner än Europakonventionen.

Konsekvensen av det resonemang majoriteten för är att Sverige och andra Europarådsmedlemmar skulle ha godtagit bindande domstolsövervakning av en rad FN-konventioner. Vore detta riktigt skulle vi *”absolut inte”* ha ratificerat dessa konventioner. Axberger framhöll att det framgår att dessa saker måste skiljas åt av att man redan vid införandet av Europakonventionen skilde mellan ratificeringen av själva konventionen och av domstolsövervakning.⁹

Till sist tillät sig Axberger ett tankeexperiment där synsättet som Europadomstolen anlagt tillämpas på EU-rätten. Alla rättsakter skulle då kunna tolkas med stöd av Förenta nationernas MR-konventioner *”och uttalanden från diverse kommittéer och rapportörer”*. Axberger höll detta för en *”verklighetsfrämmande tanke”* som *”inte skulle komma förbi generaladvokaten ens”*. Med dessa ord, samt ett tillägg om att han *”klagat nog”*,¹⁰ tackade Axberger för sig och lämnade ordet.

8. Synpunkter på synpunkterna – en ofrånkomlig oordning?

Inger Österdahl, som fick ordet efter Axberger, konstaterade att hon nog var mer van vid ett slags naturlig folkrättslig oordning och ett mer kaotiskt perspektiv på rätten. Därmed sa hon sig inte bli lika förvånad eller upprörd när hon läst domen, även om hon även var beredd att hålla med om det mesta av det Axberger fram-

⁹ Axberger nämnde att det för övrigt var Sverige som drev fram detta.

¹⁰ Det får dock sägas att Axberger sparade en del hårda ord även till senare diskussioner.

fört. Samtidigt framhöll hon att hon tycker att de resonemang som förts i domen i stort sett är rimliga. Österdahl menade att detta kanske springer ur att hon snarare ser Europakonventionen som en del av det internationella folkrättsliga systemet. Därmed finns heller inget exakt svar på vilken rättslig argumentationslinje som bör tas. Österdahl menade att den frågan delvis ligger på en annan nivå – kanske en mer politisk sådan. Det är i vart fall inte uppenbart att det är fel att resonera på det ena eller andra sättet utifrån en logisk rättslig utgångspunkt.

Österdahl framhöll även att det är oundvikligt i ett internationellt samarbete att frågor kring domstolens mandat och demokratisk legitimitet uppstår, och inte bara i förhållande till Europadomstolen.¹¹ Viktigt att bära med sig är dock att det åtminstone från börjat funnit ett slags demokratiskt mandat vad gäller Europakonventionen, när staterna ingick den. Idag är situationen än mer internationaliserad och då är det också naturligt att det uppstår ”sådana här svåra och intressanta frågor”. Situationen är mer krävande – i synnerhet för jurister – och just ordnat. I ljuset av att internationellt samarbete i allmänhet och Europadomstolen i synnerhet i Österdahls perspektiv ändå är av stor vikt finns det, framhöll hon, all anledning att vara vaksam över situationen och vara medveten om problematiken. Österdahl anförde exempelvis att staterna, vilka är de som så att säga råder över domstolen, mycket väl kan avsluta samarbetet om de inte är tillräckligt nöjda över domstolens arbete mycket väl kan välja att avsluta samarbetet. Det är också möjligt att domstolen, anticiperande sådana möjliga motreaktioner, kommer att ”hejda sig litegrann”. Österdahl menade att det alltid kommer att vara en dragkamp eller balansakt mellan Europadomstolen och staterna, eller på en mer generell nivå mellan stater och internationella institutioner. Det är inget konstigt – och inte nödvändigtvis något upprörande.

Även Jan Södergren framhöll att han för egen del var van vid viss ordning kring Europadomstolens praxis och nämnde att han särskilt upplevt att influenserna från olika folkrättsliga normsystem varit rikliga inte minst i identifikationen av en europeisk standard.¹² Södergren nämnde exempelvis rättsfallet *Mazurek mot Frankrike* där ledning hämtades från en FN-konvention om inom- och utomäktenskapliga barns rättigheter som Frankrike inte ens ratificerat. Även Barnkonventionen och FN:s tortyrkonvention har använts på liknande sätt. Södergren ansåg det för egen del vara en sund princip att ledning hämtas från allmänt ratificerade internationella konventioner eftersom staterna inte bör kunna ”åka runt och skriva under en massa internationella konventioner som man sen inte har någon avsikt att följa”. Det kan dessutom faktiskt leda till en ökad demokratisk förankring i besluten eftersom det ändå är ”lagstiftaren eller regeringen som skrivit på kon-

¹¹ Den internationella brottmålsdomstolen nämndes som ett annat exempel.

¹² Södergren framhöll att identifikation av europeisk standard får anses vara en vedertagen tolkningsprincip.

ventionerna". I fråga om mer komparativa studier för identifikation av europeisk standard medgav Södergren att det finns mer utav ett demokratiskt problem.

Södergren anförde vidare att han är mer bekymrad över andra aspekter av Europakonventionens utveckling än att Europadomstolen skulle vara aktivistisk. Den första sådana aspekten är det "godtyckliga avvisningsförfarandet i Europadomstolen", och den andra att den nationella tillämpningen i Europakonventionen fortfarande är bristfällig.

Även Maciej Zaremba uttryckte en viss vanhet vid oordning, men av ett annat slag. Han framförde att han läst boken med stor glädje, eftersom han tycker om att "bli omvänd var tjugonde år så där – då måste mina ståndpunkter komma i oordning!". Zaremba menade sig tidigare ha svärmat för kreativ rättstolkning och domstolar som tar sig friheter – "mer principer och mindre förarbeten!" – och länge uppfattat Europadomstolen som en pionjär som haft en civilisatorisk kraft i Europa. Vad boken visar är att om detta görs på fel sätt riskerar det att få motsatt effekt. Zaremba sade sig uppfatta "den här kritiska och bitvis raljanta pamfletten"¹³ som ett försvar av principen om vad mänskliga rättigheter är för något, ett försvar av domstolens integritet och som ett preventivt försvar av själva domstolen som sådan i en tid då det kan förväntas att den kommer att komma under beskjutning från nationalistiska motståndare till internationella rättsordningar och då det därför är av vikt att domstolen inte blottar sig för den typen av angrepp genom ett bristfälligt arbete.

I fråga om den syn på mänskliga rättigheter Europadomstolen ger uttryck för i domen anförde Zaremba att Axberger övertygat honom om att domstolen har gjort fel som härlett en rätt till information ur yttrandefriheten. Det faktum att man får plocka svamp på annans mark, exemplifierade Zaremba, innebär inte att markägaren har en skyldighet att anlägga stigar så att den presumtiva plockaren ska kunna hitta svampen i fråga. Yttrandefriheten skapar inte en skyldighet att leverera saker att tala om. Det aktualiserar en ännu djupare dimension, eftersom det domstolen gjort är att blanda ihop negativa och positiva rättigheter. Zaremba menade att hans syn på rättigheter är att de är som allra bäst när de "kan utkrävas i Kenya likaväl som i New York", det vill säga när de är förbud riktade mot staten som knappast kräver något tillskjutande av resurser. Informationsrätten – "hur fin den än är" – handlar om statens skyldighet att leverera någonting på begäran. Zaremba ansåg detta vara det tyngsta argumentet mot domen. Det andra är att Europadomstolen ger uttryck för en närmast korporativistisk syn på rättigheter, där rättigheter graderas och enbart ges till vissa betrodda samhällsaktörer.

I den senare diskussionen anlade även Maria Grahn Farley ett folkrättsligt perspektiv och funderade kring huruvida stater i första hand bör se sig som rättssubjekt under Europakonventionen eller som traktatparter till den. Den som är kritisk mot Europadomstolens utveckling bör fråga sig vad man kan påverka och vad man

¹³ Axberger protesterade mot begreppet pamflett men Zaremba förtydligade att han använt begreppet med dess amerikanska innebörd, alltså som en "kraftfull skrift som är avsedd att läsas av många".

är fast med. Domstolen, framhöll Grahn Farley, kommer att fortsätta att göra så som den gjort i den under seminariet diskuterade domen. Antingen importerar man då den *”oron och oordningen”*, eller så tar man med Grahn Farleys ord *”sitt folkrättsliga eller rentav konstitutionella ansvar”* och ser till att skapa ordning åtminstone i de nationella leden. Ser man sig då mer som en traktatpart blir det domstolen levererat snarare något som påverkar ett mer allmänt folkrättsligt åtagande, och mindre genomtänkta domskäl och enskilda kriterier blir mindre relevanta. Den oordnade praxisen kan då lättare ordnas och organiseras på ett nationellt plan.

Axberger noterade i svar på detta att han för sin del trodde att vi i Sverige *de facto* betraktar oss som rättssubjekt och i stort sett fungerar som rena mottagare. Han höll dock med om att han hellre skulle se att Sverige betraktade sig som en traktatpart som dels medverkar i hur traktatet – i detta fall Europakonventionen – ska tillämpas, och dels säger ifrån när man hamnar *”vid sidan av vad vi kommit överens om att domstolen ska syssla med”*. Farhågan att domstolen kommer att fortsätta på inslagen väg såg han som mycket alarmerande – *”om den fortsätter på det här sättet är det faktiskt en väg ut i ödemarken”*. Domstolen kommer då att förlora i inflytande och fler och fler länder kommer att ifrågasätta dess legitimitet. Nationella instanser kommer att anse att den inte längre är något att *”hålla i”* längre och dess roll kommer långsamt förringas. Axberger framhöll att det vore mycket beklagligt just *för* att Europadomstolen är viktig och att det vore en stor skada om dess betydelse gick förlorad.

I svar till Södergren, i fråga om europeisk standard, förtydligade Axberger att han inte vänder sig emot att en sådan används när Europakonventionen tolkas. Han nämnde att han i samtal med den f.d. domaren i Europadomstolen (bland mycket annat) Gunnar Lagergren lärt att domstolens tidiga arbete i hög grad präglades av att domarna – som kom från liknande kulturer – ofta diskuterade fram vilken som var den gemensamma europeiska rättsprinciper när frågor skulle avgöras. Europakonventionen i sig är allmänt hållen i många delar och till en början hade man inte särskilt mycket att gå på – *”marken var oplöjd och man fick vara sin egen rättskälla”*. I den meningen är europeiska standarder det hela tolkningsapparaten ursprungligen vilar på.¹⁴ Det Axberger menade sig ha vänt sig mot var inte att domstolen sökt efter en europeisk standard, utan det att man inte funnit någon. Det att domstolen *måste* ägna sig åt tolkningsverksamhet är helt naturligt för rättstillämpning, i synnerhet i högsta instans. Axberger framhöll att detta är något jurister alltid sysslat med och att det trots allt finns principer för hur det ska gå till. Här menade dock Axberger att domstolen är långt över gränsen, vilket tydligast visas av att den inte verkar bry sig om sin egen praxis. *”Det om något kan man tycka att man borde känna sig bunden av, men de känner sig tämligen fria att göra som de vill”*, konstaterade han.

¹⁴ Zaremba noterade att det förmodligen var lättare att tala om europeiska standarder (eller rentav europeisk konsensus) före 1989, men att det å andra sidan finns en mer rikhaltig egen praxis att (potentiellt kunna) luta sig mot idag.

À propos den ordning som på olika sätt togs upp av flera kommentatorer anförde för övrigt Axberger att Österdahl uppfattat saken helt riktigt som identifierat att han önskat mer ordning. Axberger anförde att rättigheter är oerhört viktiga – särskilt individens rättigheter gentemot övermakter av olika slag – men att sådana rättigheter bara kan upprätthållas om det finns en ordning. ”*Ordningen kommer först, rättigheterna sedan*”, var de ord han till slut avslutade hela seminariet med.

9. Avslutande reflektioner – de enskilda avgörandenas betydelse

Även om de avslutande orden på seminariet redan avslöjats tas här friheten att avrunda *referatet* med några reflektioner kring betydelsen av enskilda avgöranden. Ledning tas då i den diskussion som fördes mot slutet av seminariet.

Fredrik Bergman (chef för Centrum för rättvisa) belyste det faktum att enskilda avgöranden kan få en stor politisk betydelse. Med utgångspunkt i en komparativ utblick mot USA beskrev han hur det där är långt ifrån lika självklart med en sådan dynamisk tolkningsmetod som det råder en ”*anmärkningsvärd konsensus*” kring i Europa. I USA finns det tvärtom en tydlig polemik mellan en dynamisk tolkningsmetod och en som innebär att konstitutionen ska tolkas snävt enligt sin ordalydelse. Det har sin historiska bakgrund framför allt i 1950- och 1960-talets högsta domstol som var oerhört extensiv och expansiv i hur konstitutionen lästes och tolkades. Det ledde i sin tur till en ”*backlash*”, i synnerhet sedan fallet *Roe v. Wade* från 1973, där samtliga republikanska presidentkandidater sedan Nixon gått till val på att utse domare som *inte* propulerat ett sådan dynamisk tolkning. Juridik och politisk flöt samman i allt högre utsträckning.

Zaremba anförde att han för sin del läst Axbergers analys med Bergmans reflektion i bakhuvudet och att han såg för sig att konflikten mellan ”*traditionister och dynamiker*” är på väg att bli en realitet även i Europa. I det avseendet måste en dynamisk lagtolkning göras trovärdig och koherent för att inte pressas tillbaka.

Även Axberger menade att det i det avseendet är särskilt viktigt att hålla på en tydlig gräns mellan juridik och politik och att det annars finns en risk att det uppfattas som att juristerna i själva verket sysslar med politik. Axberger beskrev att avgörandet tyder på att domstolen i viss mån ser sig som ett slags ”*normentrepreneur*”. Österdahl för sin del menade att just den termen också kan vara positivt laddad och att gränsdragningen mellan juridik och politik knappast kan dras med någon större precision ens i ett välfungerande system.

Enskilda avgöranden och en upplevt offensiv tolkning kan i vart fall, anförde Bergman vidare, bli mycket betydelsefulla. Det finns anledning att fundera över om något liknande skulle kunna ske i Europa – det går till exempel att notera att företrädare för Storbritannien (däribland de två senaste premiärministrarna) uttalat sig starkt kritiskt mot Europakonventionen och att senast Danmark börjat tala om

hur den europarättsliga utvecklingen bör tyglas. Man kan fråga sig, funderade Bergman, på vad som händer den dagen det kommer ett kontroversiellt avgörande mot Sverige – hur väl är Europadomstolen och dess roll egentligen förankrat i det svenska medvetande och hur mycket är vi beredda att stå upp för Europadomstolen även den dag då det kommer ett i Sveriges ögon kontroversiellt avgörande?¹⁵ Adderar man till dessa funderingar att den amerikanska domstolen, som Axberger anförde, trots allt har en helt annan demokratisk förankring i det amerikanska systemet kan det finnas skäl att oroa sig över att det även framöver kan blåsa en hel del runt de fyrtiosju domarna i Strasbourg.¹⁶

Dessa synpunkter tjänar så väl som några till att avsluta ett referat till ett seminarium som bjöd på en mycket spänstig diskussion och ett kritiskt perspektiv som jag tror att många av deltagarna kommer att bära med sig även framöver. Axbergers skrift delades i vart fall ut till alla deltagare och seminariet lär i hög grad ha eggat läslusten. Säkert har vi inte hört sista ordet om den europarättsliga sam- och framtiden.

¹⁵ Bergman nämnde att ett fall om abort skulle kunna leda till en sådan kontrovers i Sverige.

¹⁶ Axberger sa sig vidare misstänka att svenska politiker hittills inte verkar vara särskilt intresserade av detta, men att de mycket väl skulle kunna börja ställa sig tveksamma till Europadomstolen till exempel om de hade varit med på seminariet.