

20/1 2012

Sverige och de mänskliga rättigheterna

ett diskussionsinlägg vid seminariet till Peter Nobel av Johan Hirschfeldt

Först några ord till Peter

Hej Peter, gratulerar till de 80 åren så här någon månad i efterskott.

Tiden går och vägarna korsas.

Möte och samarbete på 1960-talet och ordnandet av Juridiska klubbens jubileum (50 år). Tid präglad av det Hägerströmska arvet, Ekelöf och rättspositivism. Men vi läste också Ivar Strahls Makt och rätt.

1980-talet. Peter blev landets första DO. Det började med att generaldirektören Kjell Öberg hade avlämnat Diskrimineringsutredningens slutbetänkande (SOU 1984:55). Fokus låg där på diskriminering i arbetslivet. Vad skulle göras? Var förslaget med en arbetsrättslig lagstiftning och Invandrarverket som tillsynsmyndighet genomförbart?

Frågan låg i Arbetsmarknadsdepartementet med Anna Greta Leijon som chef och arbetsmarknadsminister och Anita Gradin som invandrar- och jämställdhetsminister. Arbetsmarknadens parter slog vakt om sina avtalsordningar och motsatte sig ett lagstiftningripande och MR-grupper m. fl. krävde lagstiftning. Jag var rättschef i departementet åt båda statsråden. Vad göra? Då utvecklade vi på rättssekretariatet tanken att inrätta en DO och förse ämbetet med åtminstone ett formellt rättsligt vapen: att under viteshot kunna tilltvinga sig en dialog med en arbetsgivare. Ett DO-ämbete behövdes det ingen lag för, det skulle man kunna inrätta med en regeringsförordning som instruktion. Men en lag måste man ju ha inte minst av symboliskt/politiska skäl. Det gällde att ha i vart fall någon egentlig rättsregel för att motivera en lagstiftning där man också kunde definiera begreppet etnisk diskriminering i en paragraf.

Vid en gemensam föredragning för de båda statsråden fick de härigenom var sin bit tillgodosedd i denna ekvation. Kanske man med en liten överdrift påstå att de "föll i varandras armar" inför denna idé. Så blev det. Tala om en embryonal lagstiftning på rättighetsområdet. Den togs in i den invandrapolitiska

propositionen (prop. 1985/86:98) och gick igenom i riksdagen. Opponenterna kom från Moderaterna och Vänsterpartiet. Moderaterna vill alls inte ha denna lagstiftning och detta ämbete och Vänsterpartiet tyckte lösningen var för svag. Men den linje som segrade kan sägas vara präglad av nyckelorden Korrekt men Lagom och Minimalistiskt. – De orden sammanfattar nog något centralt i frågan om den svenska hållningen till MR-frågorna.

Vem skulle sedan bli den förste DO:n? Peters namn kom, som jag minns det, inte upp genom uppvaktningar utifrån utan ”i den interna departementsberedningen”, om jag säger så. Nu har det gått 25 år och lagstiftningen på området har utvecklats kraftigt under internationellt, främst EU-inflytande. Den här historien ger en bra belysning till den idag ställda frågan om rättssystemets motstånd och mottaglighet på MR-området.

Och så nu på 2010-talet. MR-frågorna har i hög grad hamnat i just Arbetsmarknadsdepartementet igen (UD har förstås sin bit). Det väller fram betänkanden, rapporter och promemorior om MR. Och Peter skriver eget remissvar och stöder kraftfullt och tydligt vikten av en genomslag för MR-frågorna. Detta seminarium ägnas Peter som jag vill gratulera varmt till de 80 åren.

Så till frågan till mig: Mänskliga rättigheter i det svenska rättssystemet – mottaglighet eller motstånd?

Först gör jag ett försök till ett rätt generellt svar. Nyanser och tendenser ska jag sedan om tiden medger det försöka utveckla närmare senare i detta inlägg eller i debatten.

I mitt svar förstår jag begreppet ”mänskliga rättigheter” ungefär som uttrycket ”MR-rätten”, eller kärninnehållet i de centrala av Sverige ratificerade internationella konventionerna på området. Sedan bör man också tänka på att det innehållet ska reflekteras eller återges inne i de svenska rättsreglerna. Med dessa regler menar jag alltifrån regeringsformen till myndighetsförordningarna.

MR-rätten kan komma till *explicit* uttryck i svensk rätt eller också ligga *implicit* i denna. Eller med andra enkla ord. Man talar högt om vad man gör eller man gör det bara utan att det alltid märks så mycket.

I Sverige anses, det är huvudlinjen, inte en konvention direkt tillämplig i svensk rätt genom att konventionen antas och ratificeras. Enligt vår dualistiska metod måste den införlivas i svensk rätt. De kan ske på olika sätt: inkorporering, konstaterande av överensstämmelse med gällande rätt eller transformering till nya interna rättsregler.

När vi talar om rättssystemet får vi sortera upp det på dels lagstiftning, som är något som ligger i riksdagens hand (= direkt under folkstyret), dels rättstillämpning som är förvaltningens och ytterst domstolarnas uppgift (= i beslutsfattandet i det enskilda fallet som är en oberoende funktion som folkstyret kan sägas ha delegerat).

Så till mitt försök till svar:

1. Lagstiftning

Om vi talar *implicit* om mänskliga rättigheter är enligt min mening riksdagen lojal och ambitiös (= dvs. det föreligger mottaglighet eller för min del gärna trohet) med att se till att vårt rättssystem är så utformat att de mänskliga rättigheterna iakttas i lagstiftningen i hela dess vidd. Det sker i lagstiftningsarbetet huvudsakligen genom konstaterande av normharmoni och transformering. Dvs. det konstateras att en ratificerad konventions innehåll täcks av tidigare svensk rätt eller också sker en justering/komplettering av lagstiftningen i sak när det behövs för att få täckning.

Däremot är lagstiftaren i Sverige restriktiv med inkorporering av internationella konventioner och det även på MR-området (dvs. man använder inte en i många andra länder vanlig teknik att direkt ta in och göra konventionens innehåll till svensk lag). Detta betyder att det kan sägas att det i Sverige finns ett motstånd mot *explicit* införande av MR-konventioner i grundlag och andra lagtexter. Ett viktigt undantag som bör noteras är inkorporeringen år 1995 av den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) som Sverige hade ratificerat redan år 1952.

Ett annat bra exempel på *explicit* mottaglighet är ett förslag till ändringar i skadeståndslagen till skydd för överträdelser av EKMR, se betänkandet (SOU 2010:87) Skadestånd och Europakonventionen. Ev. kan jag, som också var utredningsman bakom betänkandet, återkomma till det senare idag. Nu bör bara sägas att det lagstiftningsförslaget bygger på principen att lagtexten i skadeståndslagen ska innehålla en explicit rättsligt funktionell referens till EKMR. Konkreta för den enskilde utkrävbara rättsföljder knyts alltså enligt lagförslaget direkt till konventionen. Det kan ses som en konsekvens av den tidigare inkorporeringen av EKMR och senare års rättspraxis från Strasbourgdomstolen. Men det som är mest intressant med detta är att intresset av att lagstifta här beror på att de svenska domstolarna med Högsta domstolen i spetsen och Justitiekanslern som statens skadereglerare tagit saken i egna händer och gått före genom att skadeståndsrättsligt, utan annat lagstöd, tillämpa konventionen som just den svenska lag den är.

Därmed är det också läge att gå över just till rättstillämpningen.

2. Rättstillämpning

Rättstillämpningen i Sverige är traditionellt präglad av trohet mot lagstiftning och förarbeten i en rättspositivistisk anda. Domaren ser sig som en tekniker snarare än som en fri, värdebaserad, bestämmande. Lagstiftarens *implicita* mottaglighet/trohet i MR-frågorna iakttas därmed även i rättstillämpningen.

Med europarätten, ökad ramlagstiftning och avregleringar har dock domstolarnas makt ökat. Det har blivit vanligare att det görs rättsliga bedömningar i domstolarna som inspireras av eller grundas på direkt åberopade värden och principer av MR-typ eller eljest av allmänrättslig natur (=europarättens principer om proportionalitet etc.). Detta ser man tydligt i de senaste 10–15 årens rättspraxis. Det beror på EU-anslutningen och EKMRs direkt tillämplighet efter inkorporeringen.

Man kan säga att hos domstolarna nu ökar mottagligheten även *explicit*.

Sammanfattningsvis och generaliserande: Låt oss alltså säga att vi i svensk rätt är bra på att uppfylla MR-kraven men är tydligt återhållsamma med att ge uttryck för detta i konstitutionell och annan lagstiftning.

3. Den svenska traditionen

Det är alltså tradition. Varför?

Ytterst har vi ett statskick efter Westminstermodellen (eller folkstyre) med ett starkt lagstiftande parlament snarare än Madisonmodellen (med maktindelning och domstolar med en tydlig konstitutionell roll). Vi liknar här England och Danmark, mer än vi liknar Tyskland och Norge.

England har ingen skriven konstitution men har en just nu mycket omdiskuterad The human rights act. Norge har inkorporerat flera konventioner i sin människorättslov, 1998, och i Norge föreslås nu att mycket av detta ska flyttas upp i Eidsvollsgrundloven från 1814, se Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19 desember 2011. Det återstår att här se resultatet.

Tradition och historik ska jag inte fördjupa mig. Det finns bra översikter. En är Gustaf Petrén's *Vägen till en svensk rättighetskatalog*. Den är från 1978 och förstås rätt personligt färgad också.

Några nedslag ska jag dock göra. Jag börjar med *tryckfrihetsområdet*.

Vi fick i Sverige med 1766 års tryckfrihetsförordning den första grundlagen i världen om tryckfrihet och offentlighet. Här lades grunden för traditionen med en ytterst detaljerad grundlagsreglering av tryckfrihet och yttrandefrihet, där rättigheterna realiserades konkret ända ner i straffrättsliga och processrättsliga regler som hör till själva rättighetsregleringen.

Tryckfrihetsområdet belyser väl betydelsen av att kunna argumentera i rättighetstermer för att försvara centrala värden men också erövrade positioner i ett samhälle. Ordningen har varit både hotad och möjlig att bryta igenom på några punkter men också väldigt stryktålig.

Även en Hägerströmian och rättighets skeptiker som Östen Undén var under andra världskriget en stark försvarare av detta system. Andra politiker och jurister, från 1800-talet och framåt än till denna dag, har varit beredda att göra ändringar i detta system. De har ibland lyckats men oftare misslyckats. Systemet har ju sina fundamentalistiska försvarare.

Kanske är det så att hela detta rättighetsbaserade system har fungerat som ett avskräckande exempel för politikerna och deras lagtekniska biträden, juristerna, när det gäller att i detalj grundlagsfästa andra rättigheter (eller söka göra dem "operativa" i rättsordningen). Gustaf Petrén skriver i den nämnda artikeln: "Tanken att denna ordning skulle tillämpas beträffande all lagstiftning, så man ideligen hade att ta med i beräkningen att det kunde finnas någon grundlagsregel som omöjliggjorde en eljest önskvärd bestämmelse, verkade avskräckande."

Tryckfrihets- och yttrandefrihetsområdet är också idag centralt när det gäller att illustrera hur otroligt svåra, känsliga och viktiga avvägningar som måste göras mellan rättigheter i ett system av odelbara, universella MR-rättigheter. Jag bara erinrar om Åke Gren-målet och Muhammedkarikatyrerna. Konflikterna gäller också relationen mellan yttrandefrihet och skyddet för den enskildes privatliv (jfr avvägningen mellan art. 8 och 10 i EKMR). Också frågorna om de nya medierna på nätet!

Sedan går jag till 1974 års regeringsform och motståndet mot rättighetsjuridik i Sverige

Motståndet mot rättighetsjuridik kan nog i mycket härledas till att det var andra saker som var viktigast. Vår utgångspunkt från 1809 och framåt var att använda inte en rättighetskatalog utan andra faktiska och rättsliga metoder för privilegieavveckling och utveckling av näringsfrihet, politiska rättigheter, församlings- och föreningsfrihet i ett land som hade lyckan att slippa krig och andra dramatiska samhällsomvälvningar. Här kunde sedan följa ett välfärdsbygge som inte heller byggde på proklamationer av rättigheter utan konkreta generella reformer t.ex. inom

socialpolitiken under 1940 och 50-talen och sedan med en alltmer sofistikerad teknisk användning av rättsliga lösningar, t.ex. av Carl Lidboms märke. Rättighetsproklamationer var inte modellen utan det gäller att reformera rättsordningen i praktiken.

Jag ska inte fördjupa mig i det inflytande som Uppsalaskolan här kan ha haft. Indirekt hade den nog säkert betydelse för de politiker- och juristgenerationer som var inflytelserika på 1960- och 1970-talen och det faktiskt också ganska oberoende av partilinjer. Det blir rätt tydligt då 1974 års regeringsform (RF) antogs. I RF var rättighetsregleringen ursprungligen mycket knapp. Den skulle utredas vidare. Så skedde i betänkandet (SOU 1975:75) Medborgerliga fri- och rättigheter som innehåller en mycket gedigen redovisning av rättighetsfrågorna. Men de konkreta förslagen är magra. Motiven för dessa är dock intressanta att stanna upp inför idag.

Utgångspunkten är att en rättighetsreglering är ett skydd för demokratin och att grundlagens rättighetsregler i första hand ska utformas så att de lägger rättsligt verkande band på de offentliga organen, däribland riksdagens, handlingsfrihet gentemot medborgarna. Men det finns också en psykologisk verkan och därför föreslås också målsättnings- eller programstadganden som uttryck för gemensamma värderingar i fråga om det samhälleliga arbetet. Men en rättighetsreglering får inte komma i konflikt med inslag som är centrala i en demokrati. Vissa rättigheter måste kunna inskränkas för skilda ändamål och alltså inte lägga hinder i vägen för den ordinära lagstiftningen i ett folkstyrt samhälle med pågående reformarbete. Man måste slå vakt om majoritetsprincipen. Politisk makt får inte föras över till icke-politiska organ och domstolarnas sammansättning får inte politiseras. Grundlagsreglerna om fri- och rättigheter ska utformas så att den politiska diskussionen i sakfrågor inte belastas av juridiska tvistigheter.

Utredningen anser inte att det är en framkomlig väg att direkt anknyta grundlagen till de internationella konventionerna. De texterna är svåröverskådliga och svårtillgängliga. De bygger på en terminologi som varken är enhetlig eller anpassad till svensk lagstiftningsteknik. De är svårtolkade. Inte heller kan man för andra rättigheter använda samma utförliga och detaljerade reglering som beträffande tryckfriheten. Tanken på en författningsdomstol avvisas. Det räcker med lagprövningsrätten med ett uppenbarhetsrekvisit. Domstolarna blir då inte politiska maktfaktorer men de kan med auktoritet ingripa i de fall då det verkligen framstår som påkallat. De här utgångspunkterna var den parlamentariskt sammansatta utredningen överens om. Olika partilinjer kan här inte urskiljas. Reservationerna gällde sedan enskilda punkter.

I modern tid har väl knappast det som vi här idag kallar "motstånd" tydligare artikulerats. Här ligger bottenplattan för 1 kap. 2 § och 2 kap. RF. Den rättighetsreglering som angetts där har sagts vara riktad i huvudsak till politikerna som ramar för lagstiftningsarbete och annat beslutsfattande. Undantagen skulle vara tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen som ju är utformade för att fungera i rättstillämpningen. De allra senaste årens rättstillämpning belyser dock att även domstolarna i sin rättstillämpning börjar se sig som adressater till rättighetsbestämmelserna i RF.

4. Inkorporeringen av EKMR

Nästa intressanta steg är som jag ser det inkorporeringen av EKMR. Här är argumenten för inkorporering i Fri- och rättighetsutredningens betänkande (SOU 1993:40) Fri- och rättighetsfrågor att EKMR skiljer sig från övriga internationella konventioner på flera sätt, dels genom att dess rättigheter kan prövas vid domstol då de grundar en materiell rätt för den enskilde, dels genom att konventionens tillämpning och verkställande bygger på en utpräglad juridisk grund och dels genom att innebörden av ganska allmänt hållna rättighetsregler konkretiseras i Europadomstolens praxis. Detta är den effektivaste konventionen och den har en särställning även i inkorporeringshänseende. Man föreslår att välja att konventionen i dess helhet ska inkorporeras. EKMR blir därmed vanlig lag (inte grundlag).

Här öppnar sig något nytt. Europadomstolens tolkning av EKMR är dynamisk så konventionens betydelse kan förändras. Den svenska lagstiftaren måste fortlöpande se till att inhemska rätt stämmer med konventionen. De svenska domstolarna förutses vara försiktiga och huvudansvaret läggs på lagstiftaren. Lagprövning ska kunna ske i även i fråga om EKMR och en särskild regel förs in i 2 kap. 23 § RF om att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid mot EKMR.

Liksom EU-medlemskapet medfört en princip om EU-rättens primat i svensk rätt är denna förändring beträffande EKMR mycket viktig. Det förekom under remissbehandlingen av förslaget om inkorporering en diskussion om vilka tolkningsmetoder domstolarna skulle använda om de ställdes inför ett påstående om att en vanlig lagregel stod i strid mot konventionen. Högsta domstolen menade att EKMR borde på grund av sin speciella karaktär ges en särskild vikt i fall av konflikt med inhemska lagbestämmelser. Men konstitutionsutskottet höll inte med utan markerade i stället att det var lagstiftarens uppgift att bedöma förändringsbehovet i lagstiftningen. Högsta domstolen har dock sedan haft stor betydelse här och i sin rättspraxis gett EKMR en ställning mellan grundlag och vanlig lag.

EKMR har inte vid 2010 års ändringar av RF fått ändrad status. 2 kap RF står kvar och EKMR har inte blivit en särskild grundlag eller inarbetats i RF. Skälet är att man vill undvika en dubbelreglering som kunde få oförutsägbara konsekvenser med risk för tillämpningskonflikter t. ex. på tryck- och yttrandefrihetsområdet.

Även om vi inte har en dubbelreglering i lagstiftningen får vi nu vissa komplikationer i rättstillämpningen. T.ex. när det gäller anspråk på skadestånd för fel och kränkningar från det allmännas sida. Sådan talan kan i vissa fall föras på tre grunder, enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen, EU-rätten och/eller på grund av EKMR. Processuellt kan detta vara komplicerat och även resurskrävande. Som jag tidigare varit inne på är utvecklingen i rättspraxis på skadeståndsrättens område i anslutning till EKMRs krav på att medlemsstaterna ska upprätthålla effektiva rättsmedel mot kränkningar av konventionen mycket betydelsefull. Här visar skadeståndsrätten sig nu börja spela en central roll när det gäller förstärkning av rättighetsskyddet. Detta kan komma att få en allt större betydelse när det gäller en reell "juridifiering" på MR-området i Sverige.

Här belyses hur det på MR-området när det gäller EKMR skett ett ökat ansvarstagande från lagstiftarens sida och att trots ett visst motstånd mot att ge domstolarna nya uppgifter dessa ändå visar betydande mottaglighet i rättstillämpningen på området.

5. 2010 års ändringar av RF

2004 års grundlagsutredning som utarbetade förslagen till 2010 års ändringar i RF (se SOU 2008:125 En reformerad grundlag) hade getts ett brett och allmänt hållet mandat. Därmed uppkom utrymme för kompromisslösningar till sist även i fråga om lagprövningen med ett avskaffande av dess omstridda uppenbarhetsrekvisit och viktiga justeringar i fråga om egendomsskyddet i 2 kap. 18 § RF. Det bör dock från MR-synpunkt betonas att direktiven (processade ned till sista bokstaven i partiöverläggningar mellan den dåvarande regeringen och oppositionen) var mycket återhållsamma och knapphändiga när det gäller just 2 kap. RF och rättighetsregleringen. Frågan om de internationella konventionernas ställning nämns inte i direktiven. Frågan om lagprövning och författningsdomstol nämns dock uttryckligen, liksom frågan om domstolarnas roll. Och så tilläggs: "För det fall utredningen finner skäl att föreslå förändringar i dessa avseenden är utredningen oförhindrad att också pröva om det finns behov av att i övrigt föreslå förändringar vad gäller skyddet för grundläggande fri- och rättigheter." – Mer står inte.

Detta belyser att den återhållsamma traditionen lever. Det är fråga om en seg struktur och en minimalistisk hållning. Att utredningen här kom att ligga lågt måste ses i detta perspektiv.

6. En "rättighetsstege" och hur ska det gå i den nya svenska samhällsmodellen?

Så åter till inledningens konstaterande att rättigheter kan formuleras och implementeras på olika sätt. De ligger inte sällan mer eller mindre tydligt "inbäddade" i olika sorters rättsliga regleringar. Anna-Sara Lind har i sin avhandling *Sociala rättigheter i förändring – En konstitutionellrättslig studie*, 2009, beskrivit en sorts trappa, en rättighetsstege, för hur en och samma sociala förmån/rättighet kan formuleras allt starkare i följande steg: 1) Tillsyn, 2) Sanktion, 3) Talerätt, 4) Budgetanslag, 5) Innehållet reglerat i lag, 6) Förutsättningarna för hur rättigheten ska kunna realiserat regleras närmare i lagen, 7) Förmånen formeras som en rättighet i "en rättighetslag" och 8) rättigheten anges i konstitutionen.

Man kan alltså ha en i lag starkt skyddad "rättighet" utan att det uttryckligen sägs att det hör till MR. I Finland anges sociala rättigheter i konstitutionen och i Norge är de intagna i en inkorporeringslag och nu föreslås att vissa centrala rättighetsregler ska föras in i konstitutionen. I Sverige finns i konstitutionen, förutom vissa grundläggande fri- och rättigheter i 2 kap. RF, i den andra paragrafen i konstitutionen (1 kap. 2 § RF) ett s.k. målsättningsstadgande där bland annat vissa "sociala rättigheter" anges. Det kan framstå som en svag reglering men man ska då ha de föregående trappstegen i minne.

Det svenska fri- och rättighetsskyddet liksom i huvudsak EKMR riktar sig mot kränkningar som det allmänna, stat och kommun, gjort sig skyldig till. Skyddet gäller i princip inte enskilda emellan eller mellan enskilda och företag även om utvecklingen här internationellt sett rör sig i riktning mot ett ökat inslag av s.k. Drittwirkung.

En central fråga blir härmed: Betyder den här begränsningen att MR-skyddet i vår svenska samhällsmodell (från välfärdsstat till välfärdssamhälle) nu försvagas som en följd av privatisering och avreglering av tidigare rent offentligt drivna verksamheter? Blir rättighetsskyddets direkta träffyta förminskad? Får staten en ny roll och en ny sorts ansvar bl.a. genom skyldigheten att utöva tillsyn över privata aktörer inom skola, sjukvård etc? Att häri ligger rättighetsfrågor belyses i betänkandet om statens skadeståndsansvar enligt Europakonventionen (SOU 2010:87 s. 364 – 368). Jag låter det nu stanna vid denna öppna fråga om rättighetsskyddets praktiska viktiga genomslag i vår dagliga närmiljö.

