



UPPSALA
UNIVERSITET

Domarrollen

Rättsregler, yrkeskultur och ideal

Olof Stållvik



Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

Domarrollen

Olof Stållvik

Domarrollen

Rättsregler, yrkeskultur och ideal



UPPSALA
UNIVERSITET

Dissertation presented at Uppsala University to be publicly examined in Ihresalen, Engelska Parken Humanistiskt Centrum, Uppsala, Wednesday, June 3, 2009 at 10:15 for the degree of Doctor of Laws. The examination will be conducted in Swedish.

Abstract

Stållvik, O. 2009. Domarrollen. Rättsregler, yrkeskultur och ideal. Juridiska institutionen. 273 pp. Uppsala. ISBN 978-91-506-2079-5.

The role of judges has not previously been systematically analyzed in Swedish legal research. Rather, legal scholarship has focused on the role of courts as institutions in the legal system. This is despite the fact that legal education in Sweden is often said to be focused on the methods used by judges when dealing with cases.

The aim of this dissertation is to consider the professional position of judges in Sweden by applying an interdisciplinary approach. This is done by combining the legal and constitutional notions of *judicial independence* with theories on professionalization and de-professionalization. Empirically the investigation is based on a constitutional and historical analysis as well as in-depth interviews with eighteen Swedish judges, thereby taking a broad methodological approach. The main conclusion is that *actual judicial independence* can not be attained solely by legal means and instruments. In fact, legal culture (as defined by the Finnish legal scholar Kaarlo Tuori) and judicial culture (as in professional culture) are more important for the existence of judicial independence than legal rules alone. Thus, professional values are often a more important guarantee of judicial integrity, professionalism and good judgment than constitutional or legal rules. However, legal rules can be a gauge as to how judicial independence is valued and ascertained in a specific legal culture.

In Sweden, the judicial professional culture has been closely linked to the executive branch of government since the early 17th century. From a constitutional perspective, this raises questions concerning the independence of the judiciary *vis-à-vis* the executive and, perhaps more importantly, how judges perceive themselves and their role in the larger context of the Swedish legal order and legal culture. Are judges thus the agent of the executive, the protector of civil rights, the arbitrator of disputes, or something else?

Furthermore, some recent developments in administrative management have put courts and judges under pressure. Often labeled *New Public Management*, these tendencies have conveyed a greater focus on the economic efficiency of public management, including auditing, management by objectives, and decentralization. This focus on management and economic efficiency threatens to infringe on professional autonomy and thus on judicial independence. However, this development is somewhat countered by other developments in Swedish legal culture, notably the influence of European human rights and community law.

Keywords: domare, domarroll, domstolar, judiciell självständighet, deprofessionalisering, professionsteori, mångvetenskaplig, rättskultur, intervjuer, domarideal, Hol, Arendt, intervjuer, konstitutionell rätt

Olof Stållvik, Department of Law, Box 512, Uppsala University, SE-751 20 Uppsala, Sweden

© Olof Stållvik 2009

ISBN 978-91-506-2079-5

urn:nbn:se:uu:diva-101226 (<http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:uu:diva-101226>)

Printed in Sweden by Edita Västra Aros, 2009.

Distribution: Jure förlag AB, Artillerigatan 67, 114 45 Stockholm. Tfn. 08-662 00 80

E-post: order@jure.se, internet: www.jure.se

Till mina kära föräldrar

Benny och Kerstin

It matters how judges decide cases.
Ronald workin

En god domare är bättre än god lag.
Domarreglerna

Gott omdöme kan inte regleras.
Inga-Britt Ahlenius

Förord

Den viktigaste insikten man tillägnar sig under de år man arbetar med ett avhandlingsprojekt är måhända den om den egna otillräckligheten. Vilket privilegium då, att man inte behöver vara helt ensam i kampen.

Främst bland dem jag vill tacka är naturligtvis mina handledare. Huvudhandledare har varit Thomas Bull, professor i konstitutionell rätt, och biträdande handledare Shirin Ahlbäck Öberg, docent i statskunskap. Utan dessa bådas engagemang, pigga vetenskapliga förhållningssätt och öppna personliga attityd hade av denna avhandling blivit intet.

Jag har fått utmärkt hjälp av många andra också. Vår svenske konstitutionellrättslige nestor, Fredrik Sterzel, har läst och kommenterat en stor del av manuskriptet, vilket jag tackar varmt för. Tack även till deltagarna i det högre seminariet i offentlig rätt och till professorerna Håkan Andersson, Torbjörn Andersson, Iain Cameron, Mats Kumlien, Per Henrik Lindblom och docenten Karin Åhman för värdefulla råd och skarpsinnig kritik. Ytterligare vänliga personer som läst delar av manus och bistått med tips, uppmuntran och annan hjälp är jur. dr. Eric Bylander, jur. dr. Joel Samuelsson, jur. dr. Rebecca Stern, fil. dr. Helena Wockelberg och jur. kand. Per Björn Bertilsson. Jur. dr. Ingrid Helmius förtjänar ett särskilt omnämnande för att hon var den som först inspirerade mig att söka till forskarutbildningen. För tips och råd kring bland annat den grafiska utformningen tackar jag jur. dr. Daniel Stattin liksom Petra Wählin på universitetets enhet för publicering och grafisk service.

Att vara en del av ett mångvetenskapligt projekt – ”Demokrati och de-professionalisering” – har varit spännande och svårt. Här vill jag passa på att tacka fil. dr. Ylva Hasselberg, fil. dr. Niklas Stenlås samt doktoranderna Wendy Maycraft Kall och Johanna Ringarp för inspirerande samtal och seminarier under de senaste åren.

Ett särskilt tack förtjänar även de domare på olika håll, som ställt upp för att låta sig intervjuas inom ramen för min undersökning. Ni vet vilka ni är.

För att orka med att skriva avhandling måste man ha goda vänner och trevliga saker att göra. För allt sådant vill jag tacka Jonas och Ola samt vännerna i seminariegrupp 7, matlaget, torsdagsklubben, Göteborgs nation, Allmänna Sängen och Juvenalorden. I detta avseende, liksom i det vetenskapliga, finns inget bättre ställe än Uppsala.

Mina föräldrar, som på avstånd har följt arbetet med viss bekymrad välvilja, har påmint mig om den intressanta och nödvändiga utmaningen att göra forskningen begriplig för utomstående. Mina intressanta samtal med dem under årens lopp har lagt grunden för den nyfikna och problematiser-

rande attityd som är nödvändig i vetenskapligt arbete. Boken tillägnas därför dem. Min kära hustru Frida vill jag tacka för stöd, uppmuntran, uthållighet, vetenskapsteoretiska funderingar och matlådor, särskilt i arbetets slutskede.

Doktoranderna Victoria Enkvist, Anna Gustafsson och Anna-Sara Lind har ställt upp med tidsödande korrekturläsning och språkgranskning samt med stöd och uppmuntran. Doktoranden Susanna Lyne vid Engelska institutionen har stått för den engelska språkgranskningen. Jag tackar dem alla varmt och vill samtidigt påpeka att återstående fel och brister är mina egna.

Doktorandstudierna har finansierats med medel från Vetenskapsrådet och Juridiska fakulteten i Uppsala. Avhandlingen har tryckts med ekonomiskt bidrag från fakulteten och Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning.

Uppsala den 27 april 2009

Olof Stållvik

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
ADR	Alternative Dispute Resolution
AFDL	Lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar
Art.	Artikel
BrB	Brottsbalken
CC	(Franska) Code civil
DDR	Deutsche Demokratische Republik (Tyska demokratiska republiken; Östtyskland)
DF	Domareförbundet (Sveriges domareförbund)
DR	European Commission of Human Rights, Decisions and Reports
DV	Domstolsverket
EAJ	European Association of Judges
ECOSOC	United Nations Economic and Social Council
ED	Europadomstolen
EKMR	Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
ERT	Europarättslig tidskrift
EU	Europeiska unionen
FB	Föräldrabalken
FL	Förvaltningslagen
FN	Förenta nationerna
FPL	Förvaltningsprocesslagen
FU	Författningsutredningen
GLB	Grundlagberedningen
GRF	1809 års regeringsform
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
HSV	Högskoleverket
IAJ-UIM	International Association of Judges/Union Internationale des Magistrats
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
IP	Intervjuperson
JK	Justitiekanslern
JO	Justitieombudsmannen (Riksdagens ombudsmän)
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet
Jusek	Fackförbundet för jurister, ekonomer, samhällsvetare, personalvetare och systemvetare
KamR	Kammarrätt
KU	Konstitutionsutskottet

LO	Landsorganisationen
LOA	Lag (1994:620) om offentlig anställning
LPT	Lag (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård
LR	Länsrätt
LRA	Lag (1974:371) om rättegången i arbetstvister
LVM	Lag (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall
LVU	Lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NPM	New public management
PBL	Plan- och bygglag (1987:10)
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken
RegR	Regeringsrätten
RF	1974 års regeringsform
RSV	Riksskatteverket
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SACO	Sveriges akademikers centralorganisation
SFS	Svensk författningssamling
SoL	Socialtjänstlagen
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
TF	Tryckfrihetsförordningen
TFN	Tjänsteförslagsnämnden för domstolsväsendet
TR	Tingsrätt
TSA	Tidskrift för Sveriges advokatsamfund
UCJ	Universal Charter of the Judge
UN	United Nations
UtlL	Utlänningslagen
YGL	Yttrandefrihetsgrundlagen
ZGB	(Schweiziska) Zivilgesetzbuch
ÄktB	Äktenskapsbalken

Innehåll

1 Inledning	17
1.1 Syfte och frågeställningar	17
1.1.1 Judiciell självständighet	20
1.1.2 Att kombinera normativa och teoretiska element	23
1.2 Metod och material	24
1.2.1 Allmänt	24
1.2.2 Teoretiska utgångspunkter	24
1.2.3 Empiriskt material	25
1.3 Disposition	26
1.4 Avgränsningar	28
2 Dömandets arkitektur. Domarens plats i rättskulturen	29
2.1 Inledning	29
2.2 Grundlagen och rättskulturen	30
2.2.1 Tre rättsliga paradigmer hos Habermas	32
2.3 Tre centrala rättsliga praktiker	34
2.3.1 Lagstiftning: politik och juridik i samspel	36
2.3.2 Rättsskipning och förvaltning	37
2.3.3 Sammanfattning	38
2.4 Rättsordningens olika skikt	38
2.4.1 Juridisk expertkultur	40
2.5 Den dömande uppgiftens offentliga karaktär	42
2.5.1 Rationalisering och instrumentalism	45
2.6 Sammanfattning	47
3 Domarkåren som profession	49
3.1 Inledning	49
3.2 Rättssociologiska utgångspunkter	54
3.2.1 Studier av domare och domstolar	56
3.2.2 Makt och rätt i olika institutionella kontexter	58
3.2.3 Rättssociologiska definitioner av domare och domstolar	59
3.2.4 Domarbete och domstolsorganisation	61
3.2.5 Sammanfattning	63
3.3 Sociologi och professionsteori	64
3.3.1 Allmänt om professionsteori	64
3.3.2 Alternativa sätt att kategorisera professioner	68
3.3.3 Närmare om kunskapens betydelse och innebörd	68
3.3.4 Normativa ledstjärnor för statens professioner	70
3.3.5 Juristprofessionen	71
3.3.6 Juristernas marginalisering?	73

3.3.7	Juristernas revansch	76
3.3.8	Domarprofessionen	76
3.4	Skepsis mot den traditionella juristprofessionen	77
3.5	Sammanfattning: kampen om den professionella autonomin	79
4	Historiska perspektiv	81
4.1	Inledning	81
4.1.1	Syfte	81
4.1.2	Konstitutionell kontinuitet.....	82
4.2	Svensk rättskultur och domare fram till 1809	83
4.2.1	De första svenska domarna	83
4.2.2	Reception, reformer och begynnande professionalisering.....	84
4.2.3	Frihetstid och upplysning.....	89
4.2.4	1749 års förordning om ämbetsexamen	90
4.2.5	Domstolsbegreppet.....	92
4.2.6	Domarreglerna.....	93
4.2.7	Sammanfattning.....	96
4.3	1800-talet: den liberala rättsstaten	97
4.3.1	Grundlagsreformer.....	97
4.4	1900-talet: välfärdsstat och instrumentalism	100
4.4.1	Uppsalaskolan	100
4.4.2	Nya ideal i den offentliga sektorn	102
4.5	Sammanfattning	103
5	Domarrollens konstitutionella förutsättningar.....	105
5.1	Inledning	105
5.2	Konstitutionell reglering – vad är det för speciellt med domare?	105
5.2.1	Förvaltning och domstolar: läget före 1974 års regeringsform	105
5.2.2	Administrativ och judiciell makt i 1974 års RF	107
5.2.3	Diskussion under remissbehandlingen	108
5.2.4	Kritik mot Grundlagberedningen	109
5.2.5	Rättsskipning enligt 1993 års domarutredning.....	113
5.2.6	Domaren som rättsskapare.....	115
5.2.7	Domarens rättsskyddande uppgift.....	117
5.3	Regeringsformens krav på domstolsväsendet	119
5.3.1	Allmänt.....	119
5.3.2	Domstolarnas självständighet.....	120
5.3.3	Krav på ordinarie domare.....	121
5.3.4	Diskussioner kring domstolarna under remissförfarandet	123
5.3.5	Grundlagsfäst kompetensmonopol för de högsta instanserna?	124
5.3.6	Kritiska synpunkter på diskussionen under remissförfarandet	125
5.4	Domstolarnas exklusiva kompetens på vissa områden.....	128

5.4.1	Inledning.....	128
5.4.2	Rättstvister mellan enskilda	128
5.4.3	Straffrättskipning.....	129
5.4.4	De extraordinära rättsmedlen m.m.....	130
5.4.5	Utnämning och skiljande från tjänsten	132
5.4.6	En knapphändig reglering	136
5.4.7	Kritik mot regleringen i 11 kap RF.....	136
5.5	Europakonventionen.....	138
5.5.1	Europadomstolens praxis kring domstolars oberoende	140
5.6	Andra internationella dokument.....	143
5.6.1	The Universal Charter of the Judge (UCJ)	144
5.6.2	United Nations Basic Principles on the Independence of the Judiciary.....	145
5.6.3	The Bangalore Principles of Judicial Conduct.....	146
5.6.4	Europarådets rekommendation om domares oberoende m.m. ...	146
5.6.5	Europeiska stadgan om regler för domarnas rättsställning.....	148
5.6.6	Svensk rätts förenlighet med de internationella dokumenten..	152
5.7	Komparation: europeisk konstitutionell standard	154
5.7.1	Den judiciella maktens dignitet i de konstitutionella dokumenten	155
5.7.2	Utnämningsfrågor	156
5.7.3	Avskedande m.m.	156
5.7.4	Lönesättning och anställningsförhållanden	157
5.7.5	Organisation och sammansättning	157
5.7.6	Oberoende m.m.	158
5.7.7	Sammanfattning: europeisk konstitutionell standard.....	158
6	Domarrollens institutionella kontext.....	161
6.1	Inledning	161
6.2	Domstolsorganisationen	161
6.2.1	Allmänt.....	161
6.2.2	Tingsrätterna	162
6.2.3	Hovrätterna	164
6.2.4	Högsta domstolen	165
6.2.5	Behörighetskrav och utnämning.....	166
6.2.6	Lagfarna och icke lagfarna domare.....	168
6.3	Förvaltningsdomstolarna	171
6.3.1	Förvaltningsdomstolarnas organisation	171
6.3.2	Länsrätterna.....	172
6.3.3	Kammarrätterna	172
6.3.4	Regeringsrätten	173
6.4	Domstolsverket.....	173
6.4.1	Domstolsverket och aktuella administrativa trender	175

6.4.2	Mätningar av kvantitet och kvalitet	180
6.5	Domarnämnden och tjänsteförslagsnämnden.....	181
6.5.1	Kravprofiler.....	182
6.6	Lekmannainflytande i överrätter.....	185
6.7	Internalisering av rättskulturen	188
6.7.1	Juristutbildningen	188
6.7.2	Domarkarriär och domarutbildning.....	194
6.7.3	Domarideal och domareetik: lojalitet, plikt och självständighet.....	196
7	Domarrollen från insidan	199
7.1	Inledning	199
7.2	Metod och genomförande.....	199
7.2.1	Intervjupersonerna	199
7.2.2	Planering och genomförande	200
7.2.3	Intervjuernas uppläggning.....	201
7.2.4	Ytterligare om metoden.....	202
7.3	Tema 1: Bakgrund och bevekelsegrunder.....	205
7.3.1	Valet av akademisk inriktning	205
7.3.2	Vägen till domaryrket	208
7.4	Tema 2: Domarideal.....	213
7.5	Tema 3: Domarrollen.....	218
7.5.1	Domarens uppdrag och uppgift.....	218
7.5.2	Domarens självbild	219
7.5.3	Värderingar och skönsmässiga bedömningar	221
7.5.4	Skillnader tid och rum	224
7.5.5	Lojalitetskonflikter och andra svårigheter	230
7.6	Tema 4: Domstolarna.....	231
7.6.1	Arbetsvillkor.....	232
7.6.2	Institutionella problem och möjligheter	233
7.7	Sammanfattning	236
8	Plikten framför allt? Domaren som den sista ämbetsmannen.....	239
8.1	Rekapitulation.....	239
8.1.1	En svag konstitutionell tradition?.....	240
8.1.2	Plikt och dygd	242
8.1.3	Rättskultur och förvaltningsideologi.....	243
8.1.4	Den sista ämbetsmannen	247
8.1.5	Avslutande reflektioner	250

1 Inledning

1.1 Syfte och frågeställningar

Det sägs ofta att juristutbildningen är domarorienterad.¹ Med detta menas att utbildningens fokus ligger på att lösa juridiska problem, att ta reda på vad som är gällande rätt i olika sammanhang och att bibringa studenterna de verktyg som anses vara de gängse för dessa uppgifter. Det innebär bland annat ett omfattande studium av de så kallade rättskällorna – lag, förarbeten, praxis och doktrin – och ett grundantagande som går ut på att det är möjligt och *nödvärdigt* att finna rätt svar på de juridiska problemen. Inte minst studeras under utbildningen mängder av rättsfall och argumentationen i dessa är föremål för detaljerad analys.² I det avseendet förekommer domare flitigt som rollinnehavare i det juridiska dramat, och deras resonemang åtnjuter stor, för att inte säga avgörande, auktoritet.

Men samma utbildning, som alltså tilldelar domare ett sådant avgörande inflytande, ägnar ytterst förströdd uppmärksamhet åt *domarna som personer och professionella aktörer*. Hur går detta ihop? Min tes härvidlag är att svensk rättsideologi i stor utsträckning betraktar domare som oproblematiske figurer. I allmänhet talar man om domstolar snarare än domare, fastän det inte står helt klart vad som egentligen skiljer den ena kategorin från den andra, särskilt när domstolen består av en ensam domare. Domaren betraktas ofta, åtminstone i den officiella juridiska diskursen, som en tämligen mekanisk och rationell tillämpare av rättsregler. Den juridiska ideologin lämnar föga utrymme för domaren som aktivt subjekt vars egenskaper kan ha inflytande på rättstillämpningen. Detta är, menar jag, en fiktion. I själva verket, och detta är min andra huvudtes, är det inte möjligt att i praktisk mening skilja mellan *rättsregler* och *rättskipning*.

Bristen på forskning kring domare tar jag till intäkt för att domarrollen i någon mening betraktats som oproblematiske och därmed ointressant för ett

¹ Skälet till att det ofta sägs så, och till att det förmodligen ligger till på det sättet, är att juristutbildningens syfte från början var att utbilda statliga ämbetsmän och att dessa ämbetsmän ofta var domare. Se vidare kap. 4 nedan.

² M Gräns, *Om interaktiv rättsdogmatik* (2006), s 59 ff och 70 f.

närmare studium, i alla fall inom en rättsvetenskaplig ram. Bristen på *tidigare problematisering* av domarrollen är således en del av själva problemet i föreliggande arbete. Möjligen beror bristen på tidigare problematisering och därpå följande forskning på att domarrollen faktiskt just nu är och under senare år har varit utsatt för avgörande förändringar, något som kan illustreras av Wilhelmsson (2001):

I den moraliska kommunikation som äger rum i en rättegång intar domare och jurister centrala roller. Deras auktoritet i denna kontext är delvis baserad på expertkunskap, på att de förutsätts vara invigda i den juridiska begreppslighetens hemligheter, men delvis också på mänsklig erfarenhet. I den mån betydelsen av den moraliska kommunikationen växer fram hävs den senare formen av auktoritet. Idealbilden av juristen i en sådan situation är en person som kan uppträda som en professionell i att utföra common sense-baserade moralbedömningar, som en erfaren moraldebattör med gott bondförnuft. Juristen är inte och bör inte vara en modern professionell i den meningen att han blott besitter expertkunskap på något begränsat område, som medicin, fysik eller psykologi, utan i idealvärlden borde han snarare vara en multidisciplinär intellektuell, som har förmåga att formulera och diskutera pragmatiska moraliska frågor.

Rättens nya funktion förutsätter m.a.o. en partiell förändring av domar- och juristrollerna. I den fragmenterade juridiska miljö som växer fram förlorar domaren sitt traditionella gömställe, rättsordningen. [...] Liksom andra professioner i det senmoderna inte kan gömma sig bakom sina kunskapssystem, står också domaren naken. På samma sätt som andra subjekt – såväl professionella som lekmän – måste möta de moraliska frågorna ansikte mot ansikte i praktiska situationer, är också domaren i många fall lämnad ensam med sina moraliska val.³

Domarna kan alltså betraktas som rättsordningens centralfigurer. Ändå ägnas denna yrkesgrupp nästan ingen uppmärksamhet i juridisk utbildning och rättsvetenskaplig forskning. Den forskning som har utförts kring domare och andra jurister har främst gjorts av sociologer.⁴ Tyvärr kan sociologisk forskning inte på ett tillfredsställande sätt omfatta domaryrkets komplexiteter, eftersom insikterna i rättordningens teori och funktionssätt i allmänhet helt naturligt är bristfälliga. Följaktligen har den sociologiska forskningen kring juridiska yrkesgrupper främst fokuserat på *utifrån* mätbara fenomen, såsom juristernas sociala bakgrund, juristprofessionens framväxt i ett samhälleligt och historiskt perspektiv, karriärmönster och juristernas eventuella konkurrens med andra yrkesgrupper om status och inflytande. Inom socio-

³ T Wilhelmsson, *Senmodern ansvarsrätt* (2001), s 120 f (fotnoter uteslutna). Se vidare kap. 3 ang definitionen av profession.

⁴ T.ex. L Ryberg, *Domarkarriären* (1988); M Bertilsson (red.), *Rätten i förvandling. Jurister mellan stat och marknad* (1995). Av jurister har dock skrivits arbeten om åklagarrollen (K Lithner 1983) och försvararrollen (L Ebervall 2002). Bland nordisk litteratur kan nämnas O Hammerslev, *Danish Judges in the 20th Century* (2003) och J Dalberg-Larsen, *The Legal Profession in a Changing World* (1999).

login har man inte intresserat sig för domarnas roll och funktion inom rättssystemet, eftersom sociologin saknar verktyg för en sådan analys; dessutom betonas inom rättssociologin i allmänhet ett kritiskt utanförperspektiv som gör studiet av *annat* än rättsregler till en dygd.⁵ Min egen utgångspunkt i detta avseende är att en förståelse för rättssystemets funktionssätt och för rättsvetenskapliga begrepp tillsammans med användning av insikter från samhällsvetenskapen ger de bästa verktygen för ett studium av domarrollen.

Samtidigt har rättsvetenskapen förhållit sig tämligen obekymrad till domarna. Viktig forskning om jurist- och domarkultur har visserligen utförts på sina håll,⁶ men mer omfattande eller systematiska studier lyser allttjämt med sin frånvaro. Forskning om *domstolarna* och deras roll förekommer visserligen, inte minst inom processrätten, men återigen är det domstolarna som institutioner som står i centrum i de sammanhangen. Eftersom de *domstolar* man talar om i juridisk doktrin är institutioner som består av *domare* – vilka är de som faktiskt resonerar i rättsfrågorna, skriver domskälen och avkunnar dom – är den institutionella auktoritet som anförtros domstolarna i själva verket en överlåtelse av auktoritet på de personer som domstolarna består av, det vill säga domarna.

Eftersom domare således är så viktiga, men forskningen om dem så mager, finns det ett starkt behov av kunskap om denna yrkesgrupp och hur den passar in i rättsordningen som den ser ut i Sverige. Ett tomrum måste fyllas, men det kan inte fyllas enbart med hjälp av rättsdogmatisk forskning, eftersom rättsdogmatiken saknar verktyg för studier av annat än regler. Genom att ensidigt fokusera på rättsdogmatisk forskning låser rättsvetenskapen in sig i den verklighet som kan beskrivas av och med regler; jag menar – med stöd från vederhäftigt håll – att den rättsliga verkligheten omfattar mer än så.⁷ Av skäl som anförts ovan kan tomrummet heller inte fyllas enbart med hjälp av sociologiska eller andra samhällsvetenskapliga metoder. Samhällsvetenskap och rättsvetenskap måste sammanföras för att vi skall kunna bilda oss en mer fullständig och rättvisande uppfattning om domarrollen, till exempel avseende hur rättsregler och andra förutsättningar för domares ar-

⁵ T Mathiesen, *Rätten i samhället* (2005) s 14 ff; H Hydén, *Rättssociologi som rättsvetenskap* (2002) s 12; L Ryberg 1988 s 10. En mer nyanserad bild ges i R Cotterrell, *The Sociology of Law* (1992) s 3 ff. Jfr även O Hammarslev 2003 s 11 ff, som kritiserar samtida nordisk forskning om juristprofessioner för att i för liten utsträckning ta hänsyn till det rättsliga perspektivet.

⁶ Särskilt en serie artiklar och andra arbeten av Kjell Åke Modéer, exempelvis i SOU 1994:99 del B, bilaga 20.

⁷ T.ex J Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen* (2001) s 23 f; S Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättsstillämpning* (1996) s 53 och 56 ff; A Nelson, *Rättsvetenskapen i dagens samhälle* (1964); I Agge, *Till frågan om rättsvetenskapens gränser* (1955). Intressant nog företräds den motsatta ståndpunkten i en nyutkommen lärobok i rättssociologi, där man kan finna påståendet att ”rättsvetenskapen aldrig” skulle ägna sig åt exempelvis ”orsakssamband såsom: vad orsakade utvecklingen av vårt moderna arbetstagarbegrepp?”. J Svanberg, *Rättssociologi – en introduktion* (2008), s 13. Se även H Andersson, *Rättens narratologiska dimensioner* (2006) och M Gräns 2006 och 2007.

bete påverkar deras beteende och självuppfattning och hur detta i sin tur inverkar på rättstillämpningen. Det är min avsikt att göra detta i denna avhandling.

1.1.1 *Judiciell självständighet*

Att domstolar och domare skall vara självständiga, åtminstone i den rent rättstillämpande funktionen, är något av ett axiom i västerländska rättsstater. Mängder av rättsliga dokument, både nationella och internationella, ger uttryck för denna princip.⁸ Däremot är den närmare innebörden av ”självständigt dömande” måhända mindre klar. Regler om jäv, det vill säga brist på opartiskhet i konkreta mål, finns i allmänhet, liksom regler om tillsättning och avskedande av domare, eftersom anställningsförhållandet anses vara en avgörande komponent i självständigheten. Den konstitutionella innebörden av judiciell självständighet, såsom den kommer till uttryck i svensk grundlag (11 kap. 2 § RF) har tilldragit sig en del intresse i den juridiska debatten, något som har resulterat i en del förslag till förändringar från den senaste Grundlagsutredningen.⁹

Begreppet *judiciell självständighet* är inte vedertaget i svensk juridisk diskurs, utan jag har valt att översätta det engelska begreppet ”judicial independence”. Det beror på att det inte finns något riktigt bra begrepp att använda när man i en svensk kontext talar om domares och domstolars självständighet. Att ett sådant begrepp saknas är kanske en svensk rättsvetenskaplig egenhet och i sig anmärkningsvärt eftersom ”judicial independence” är så vedertaget i internationella sammanhang. Jag anser att det finns behov av ett begrepp som går att använda som analytiskt verktyg och som omfattar problemkomplexet domares och domstolars självständighet utifrån såväl juridiska som sociologiska kriterier. Med judiciell självständighet avser jag preliminärt domares rätt och skyldighet att utöva sitt yrke självständigt under lagarna enligt de riktlinjer som anges i grundlagar och i övrigt i svensk konstitutionell rätt.

Bland tidigare studier av ”judicial independence” i Sverige kan i detta sammanhang nämnas Jonas Grimhedens avhandling från 2004 och Van-Hoa To från 2006, bägge framlagda vid Lunds universitet.¹⁰

Ambitionen i detta arbete är att teckna en flersidig bild av judiciell självständighet i en svensk kontext. Som jag anfört ovan anser jag inte att man

⁸ Se kap. 5 och 6 för en översiktlig genomgång.

⁹ SOU 2008:125 s 309 ff.

¹⁰ J Grimheden, *Themis v. Xiezh: Assessing Judicial Independence in the People's Republic of China under International Human Rights Law* (2004) och Van-Hoa To, *Judicial Independence. A Legal Research on Its Theoretical Aspects, Practices from Germany, the United States of America, France, Vietnam, and Recommendations for Vietnam* (2006).

kan nöja sig med att studera juridiska texter för att kunna bilda sig en uppfattning om den judiciella självständighetens innebörd. Bland de faktorer jag undersöker i boken kan följande räknas upp (här utan inbördes rangordning):

Konstitutionella regler. Här finns de regler som är avsedda att garantera självständigt dömande enligt regeringsformen och enligt EG-rättsliga bestämmelser av konstitutionell dignitet.

Vanlig lag. Här avses reglerna i främst Rättegångsbalken och i förvaltningsprocessrättslig lagstiftning.

Andra rättsregler av lägre konstitutionell valör, såsom föreskrifter i förordningar, regleringsbrev och myndighetsföreskrifter, men även avtal och andra överenskommelser.

Internationella dokument av varierande dignitet, exempelvis Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna och olika dokument från FN och Europarådet, såsom United Nations Basic Principles on the Independence of the Judiciary och Europarådets rekommendation om domares oberoende och roll.

Utländsk konstitutionell rätt. Likheter i den konstitutionella regleringen i europeiska och andra rättsstater kan vara av betydelse för att söka fastställa en gemensam konstitutionell standard i sådana stater, och i vilken mån Sverige lever upp till den.

Rättskulturella faktorer. Här undersöker jag sådant som domarrollens djupa historiska rötter i den svenska rättsordningen, etiska regler, politiska omständigheter och annat som kan vara av betydelse för uppfattningen och utövandet av judiciell självständighet.

Professionell status. Med hjälp av en särskild samhällsvetenskaplig teorigren – professionsforskningen – undersöker jag tendenser i domarkårens yrkesmässiga situation under senare decennier. Det gäller sådant som inflytandet över den egna arbetssituationen, organisatoriska omständigheter, värderingar inom domarkåren och frågan om hur regering och förvaltning försöker utöva inflytande över domarna.

Domarperspektivet. För att undersöka domarnas syn på den egna yrkesrollen har jag genomfört ett antal intervjuer. Syftet med dessa är att jämföra teori med upplevd verklighet i den dömande verksamheten samt att upptäcka attityder och ideal som kan ha betydelse för hur domaryrket faktiskt utövas.

Med judiciell självständighet kommer jag i detta sammanhang att utgå ifrån de juridiska och konstitutionella aspekterna av domares självständighet. Min ambition är dock, som anförts ovan, att försöka åstadkomma en mer heltäckande bild av den judiciella självständigheten. För att komma åt vad jag vill kalla *faktisk judiciell självständighet* använder jag mig av utsagor i intervjuer med domare, liksom av material från rättshistoria, sociologi och andra sammanhang. Syftet med detta är att jämföra kraven på judiciell självständighet enligt konstitutionella krav och annan gällande rätt med hur den judiciella praktiken ter sig.

En speciell sida av den judiciella självständigheten är domarkårens *professionella autonomi*. Detta uttryck tar sikte på domarkåren som yrkesgrupp i en mer sociologisk och professionsteoretisk kontext. Här bedöms domarkåren mer som grupp och i abstrakt mening, medan begreppet judiciell självständighet snarare tar sikte på den enskilda domarens situation. När det gäller professionell autonomi måste domarkåren bedömas enligt samma kriterier som andra professionella grupper, såsom lärare, läkare, andra juristgrupper med flera.

Emellertid kan man inte helt skilja judiciell självständighet och professionell autonomi åt. På sätt och vis är de båda företeelserna två sidor av samma mynt. Min tes är att professionell autonomi är en förutsättning för förekomsten av judiciell självständighet. Faktisk judiciell självständighet förutsätter nämligen inte bara att vissa konstitutionella och rättsliga krav är uppfyllda, utan även att en uppsättning mer ”interna” och informella omständigheter är för handen: en professionell judiciell identitet (både kollektiv och individuell), etiska normer för yrkeskåren, former för utbildning och insoialisering, en auktoritativ position i samhället och mycket annat. På så sätt kan professionell autonomi uppfattas som en delkomponent av judiciell självständighet (se fig. 1).

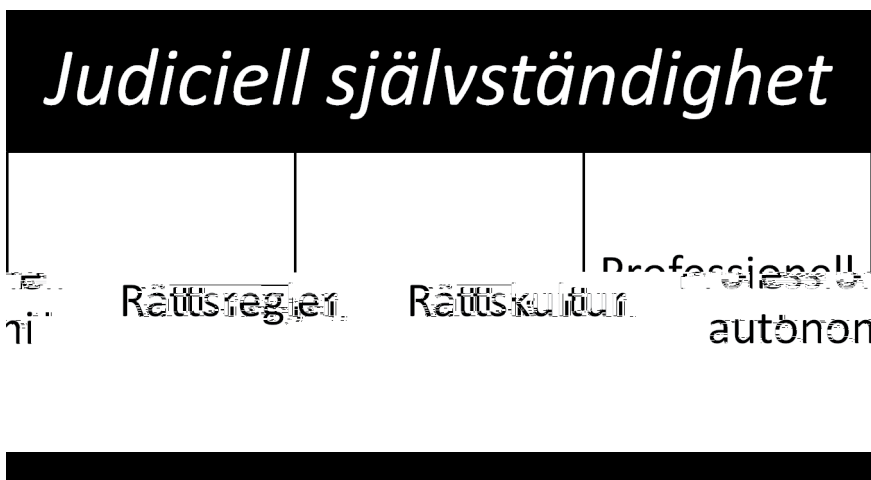


Fig. 1. Begreppet judiciell självständighet omfattar såväl rättsregler som rättskulturella omständigheter och professionell autonomi.

1.1.2 Att kombinera normativa och teoretiska element

För att domare skall kunna verka självständigt krävs alltså *både* rättsliga förutsättningar *och* en professionell kultur, institutionella strukturer och så vidare, som är ägnade att underbygga självständigt dömande. Professionsteorin har visat sig vara en intressant modell för att studera professionella kulturer inom den offentliga sfären, något som utvecklas närmare i kapitel 3. Särskilt intressant har konfliktytan mellan professionell yrkesutövning och moderna strävanden mot ökad styrbarhet och effektivitet i förvaltningen visat sig vara. Detta eftersom den yrkesmässiga uppfattningen om hur verksamheten skall bedrivas kan kollidera med intresset av ekonomisk, politisk och annan styrning – en så kallad *management*-ideologi.

Att påstå att rätten är en del av samhället är en truism, men en mångbottnad sådan. Rättsordningen är *en* konstituerande del av samhällsbygget, en nödvändig men inte tillräcklig förutsättning för en fungerande samhällsordning. Trots detta verkar det finnas vattentäta skott mellan samhällsvetenskaplig *empirisk* forskning och rättsvetenskaplig *normativ* forskning. Det verkar finnas en paradigmatisk skillnad mellan de olika forskningsområdena, som bäddar för missförstånd. Jurister anser sällan att samhällsvetenskapliga rön har särskilt stort intresse i frågor som rör ”gällande rätt”, och samhällsvetare kan påstå att juridiken ger en för snäv bild av ”verkligheten” – och ändå behövs båda tänkesätten för att kunna åstadkomma större förståelse kring och mer kunskap om det problemkomplex jag ägnar mig åt. Tenden-

sen att i viss juridisk forskning söka avgränsa vad som *inte* är juridik tjänar föga till, som jag ser det, särskilt när det gäller komplexa problem som rör institutioner eller aktörer. Domare och andra aktörer är alltså särskilt lämpliga att studera med hjälp av flera vetenskapliga perspektiv, metoder och teoribildningar. Detta medför emellertid med nödvändighet att bredden prioriteras på bekostnad av djupet. Förståelsen behöver fördenskull inte bli sämre, menar jag, snarare tvärtom.¹¹

Mer konkret innebär detta att jag använder mig av såväl juridiskt som samhällsvetenskapligt källmaterial, tillsammans med nyskapat empiriskt material i form av djupintervjuer¹² med olika kategorier av domare.

1.2 Metod och material

1.2.1 Allmänt

Min ambition är att detta arbete skall präglas av en öppen och möjligen oortodox attityd till frågan om vilket material som kan användas i rättsvetenskaplig forskning.¹³ Avsikten är att sammanföra traditionellt rättskällematerial, särskilt lagtext, förarbeten och doktrin, med material från sociologisk och annan samhällsvetenskaplig forskning, domarbiografier, utländsk litteratur om domarrollen samt egen framarbetad empiri i form av intervjuer.

Framställningen är tematiskt uppbyggd, vilket föregående avsnitt kanske kan ge en uppfattning om. Tanken är att integrera de olika typerna av empiri under varje tematiskt avsnitt. Strävan är att exempelvis intervjuuttalanden, jämförelser med utländska förhållanden eller samhällsvetenskaplig teori skall kunna belysa – eller motbelysa – vad det traditionellt rättsvetenskapliga materialet har att säga om judiciell självständighet. På så sätt kan man få en bild av hur *faktisk judiciell självständighet* ter sig efter svenska förhållanden.

1.2.2 Teoretiska utgångspunkter

De teoretiska utgångspunkterna är hämtade från två olika områden, dels vad man skulle kunna kalla allmän rättsteori och samhällsvetenskaplig teori, dels professionsforskningen.

De allmänna teoretiska grundvalarna (kap. 2) har till syfte att motivera ämnesvalet, det vill säga varför domaryrket är ett relevant forskningsområde

¹¹ Se även M Gräns 2006.

¹² Ang. detta begrepp, se nedan kap. 7.

¹³ Se dock även ovan not 7.

för rättsvetenskapen. Här använder jag mig av den finländske rättsteoretikern Kaarlo Tuoris "Critical Legal Positivism" samt element hämtade från de moderna klassikerna Jürgen Habermas och Hannah Arendt. Den första huvudpunkten här är Tuoris teori om rättsordningens olika skikt, alltså att rättsordningen består av mer än bara ytan (de positiva rättsreglerna). Rättsordningen omfattar även vad Tuori kallar "rättskultur" och "djupstrukturer". Föremålet för rättsvetenskaplig forskning kan i och med detta sägas vara större än enbart det dogmatiska området. Den andra huvudpunkten är den dömande uppgiftens speciella offentliga karaktär som den uttolkats hos Arendt av den holländske rättsfilosofen Antoine M. Hol. Poängen är att rättskipningen är en unik och för det offentliga samtalet vital verksamhet, som hotas av vissa aktuella tendenser i samhället, och den motiverar fokuseringen på rättskipningen i ett vetenskapligt sammanhang.

I själva undersökningen av domarnas yrkesmässiga situation använder jag mig av en inriktning inom samhällsvetenskapen som kallas professionsforskning (kap. 3). Syftet är att placera in domarna i den mer allmänna professionsteoretiska diskursen. Det finns en del svensk forskning kring andra yrkesgrupper som utgår från denna teoribildning, bland annat avseende läkare och sjuksköterskor, lärare och socialarbetare, men mycket lite kring domare. I klassisk professionsforskning brukar man betona ett antal formella faktorer som avgörande för formandet av en profession. Till exempel skall det finnas professionell kontroll över tillträdet till utbildningen och därmed professionen, de professionella skall ha kontroll över arbetets organisering och innehåll i mycket stor utsträckning, det skall finnas en systematisk teori och reglering av yrket, professionen skall ha monopol på de aktuella arbetsuppgifterna eller funktionerna, samt en del andra faktorer. Till detta kan man lägga ett par mer "informella" kriterier, såsom att en professionell yrkesutövare i allmänhet skall använda sig av sitt personliga omdöme i yrkesutövningen och att professionen ofta besitter en form av "tyst kunskap"¹⁴ som överförs mellan medlemmarna.

1.2.3 *Empiriskt material*

Det empiriska materialet är, som antytts ovan, blandat och innefattar förutom traditionellt rättskällematerial även historisk och samhällsvetenskaplig litteratur, intervjuer, informationsmaterial från Domstolsverket, domarbiografier med mera.

Här kan det vara på sin plats att säga något om de genomförda intervjuerna. Under 2007 och 2008 har jag genomfört djupintervjuer med sammanlagt 18 domare. De intervjuade tillhör olika kategorier, från en ettårsbehörig

¹⁴ Ang. detta begrepp, se nedan kap. 3.

tingsrättsnotarie till ett hovrättsråd som pensionerades för omkring 20 år sedan. Syftet med intervjuerna har varit att undersöka bland annat varför de intervjuade har valt en domarkarriär, hur de ser på juridiken och sin egen roll och hur personliga värderingar används i den dömande verksamheten. Det ligger, menar jag, i domaryrkets natur att *personen* domaren, hans eller hennes intellekt, personlighet och så vidare, har direkt inflytande över arbetsresultat och avgörandet av de enskilda målen; man skulle kunna kalla detta rättens emotionella element.¹⁵ Socialiseringsprocessen i juristutbildning och domarutbildning medför att den egna personligheten i viss mån anpassas till de professionella kraven, men uttraderar den inte. Studiet av hur insocialiseringen går till borde emellertid ha en given plats i rättsvetenskapliga sammanhang. Användningen av intervjuer motiveras med att de enskilda domarna har kunskap som sällan eller aldrig kommer till uttryck i andra sammanhang, samt att någon liknande systematisk undersökning aldrig synes ha genomförts i Sverige. Metodfrågorna diskuteras mer i detalj i kapitel 7, där också intervjuresultaten presenteras.

1.3 Disposition

Framställningen är indelad i åtta kapitel, av vilka denna inledning utgör det första. Därefter följer först ett kapitel (2) benämnt "Dömandets arkitektur. Domarens plats i rättsordningen". Detta kapitel presenterar den syn på rättsordningen som ligger till grund för avhandlingen som helhet. Särskilt gäller det hur den juridiska professionen passar in i det juridiska systemet och varför studiet av domaryrket är relevant för rättsvetenskapen. De teoretiska grundvalarna är hämtade främst hos Hannah Arendt, Jürgen Habermas och Kaarlo Tuori.

Kapitel 3 är även det teoretiskt. Här presenteras grunderna i professions-teori och hur jag använder det i min undersökning. Det aktuella forskningsläget presenteras tillsammans med de professionsteoretiska "verktyg" och begrepp som förekommer genomgående i boken. Tidigare svensk forskning på detta område har i huvudsak varit negativ till professioner som fenomen, och därtill ensidigt fokuserat på aspekter av professionerna som kan studeras med samhällsvetenskapliga verktyg.

Den svenska rättsordningen har ett antal särdrag som skiljer den från dess skandinaviska, europeiska och anglosaxiska släktingar. Det gäller särskilt de speciella relationerna mellan regeringsmakten, förvaltningen och

¹⁵ T Wilhelmsson 2001, s 122: "Enbart om juristerna är medvetna om betydelsen av intuition och känslor är de tillräckligt utrustade för att bära det personliga moraliska ansvaret för de avgöranden som de träffar."

rättsskipningen. Dessa särdrag kommer sig av historiska och politiska omständigheter och utvecklas närmare i kapitlen 4-6.

Kapitel 4 är en historisk översikt över den svenska domarrollen. Syftet är att sätta in svenska domare och deras yrkesutövning i en konstitutionell och rättskulturell kontext. Många av de särdrag som den svenska domarrollen uppvisar har sina rötter långt tillbaka i medeltid och stormaktstid. Under 1900-talet har sedan ett antal olika speciella omständigheter bidragit till att forma svenska domares självuppfattning, deras yrkesmässiga status och deras syn på rätten. Som exempel kan nämnas välfärdsstaten och den lite speciella nationalism¹⁶ som följde av detta projekt, juridisk instrumentalism eller funktionalism¹⁷ i lagstiftning och rättsvetenskaplig forskning, samt betoning på politisk och administrativ effektivitet.

Det femte kapitlet är ett av de längre och innehåller en analys av den svenska domarens konstitutionella och rättsliga ställning. Särskilt uppmärksammas behandlingen av domstolarna i 1974 års regeringsform och dess förarbeten. En slutsats härvidlag är att ”grundlagsfäderna” och de politiker som var inblandade i arbetet med den nya grundlagen visade ett påfallande förstrött intresse för domstolarna och deras verksamhet.¹⁸ Regleringen är svag och argumenteringen i förarbetena vag. Styrbarhet och pragmatism genomsyrade arbetet med regeringsformen, åtminstone i dessa delar. Kapitlet innehåller även en genomgång och diskussion kring internationella dokument och vilka normer och värderingar som betonas i dessa avseende domarrollen, liksom en komparativ översikt av den konstitutionella regleringen av domaryrket i ett antal länder. De faktorer som tas upp är bland annat urval, rekrytering, utnämning, befordran och skiljande från ämbetet.

Kapitel 6 innehåller en genomgång av gällande regler i relevant processlagstiftning samt bestämmelser av lägre valör och i avtal. Vidare diskuteras Domstolsverkets, Tjänsteförslagsnämndens (TFN) och Domarnämndens verksamhet samt frågor kring utbildningen av domare.

Det sjunde kapitlet är en presentation av den intervjuundersökning som jag genomfört med ett antal svenska domare av olika kategorier. Intervjuuttalanden finns med även i avhandlingens övriga delar, men här presenteras undersökningen i dess helhet. Syftet med undersökningen, som består av arton längre intervjuer, är att undersöka attityder kring domarroll, självständighet, karriärval, professionella dygder och institutionella förutsättningar. Svaren är påfallande samstämmiga i en del avseenden men skiljer sig åt i andra. Ett intryck av undersökningen som helhet är de yrkesverksamma

¹⁶ Ang. välfärdsstatens juridiska nationalism, se P B Bertilsson, *Förändringstendenser i svensk rättskultur – särskilt med avseende på domarrollen och rättsskipningens funktion*. Examensarbete i konstitutionell rätt, Juridiska institutionen ht 2008 (handledare: Olof Stållvik).

¹⁷ Ang. detta begrepp, se J Samuelsson, *Tolkning och utfyllning* (2008), s 63 ff.

¹⁸ Se vidare kap. 5 nedan.

domarnas starka betoning av dygder som integritet och plikttrohet. Domarkåren är den sista bastionen för klassiska ämbetsmannadygder.

Det åttonde och sista kapitlet är en sammanfattning av arbetet som helhet och ett försök att dra slutsatser utifrån den ganska breda ansats som kännetecknat de föregående kapitlen (4-7). Vilken slutsats kan man dra om den svenska domarens professionella ställning och den faktiska judiciella självständigheten vid en syntetisering av resultat från samhällsvetenskapliga och juridiska metoder?

1.4 Avgränsningar

Slutligen något om projektets avgränsningar. Studien omfattar inte domare i specialdomstolar, inte heller lekmannadomare (huvudsakligen nämndemän), mer än då dessa sätts i relation till professionella domare. JO:s och JK:s granskning berörs bara på något ställe, främst för att dessa organs granskning i huvudsak är formellt inriktad. Från början var syftet att undersökningen skulle omfatta en mer grundlig komparation med förhållandena i något jämförbart land, exempelvis Storbritannien; någon sådan har av olika skäl inte varit möjlig att genomföra. Rättsfall har inte heller ingått i undersökningen. Man hade kunnat tänka sig en studie av argumentationslinjer över tid, mängden dissenser och liknande, men en sådan undersökning har inte rymts inom ramen för detta arbete.

Domstolarnas roll ifråga om lagprövning och annan normprövning enligt RF 11:14 har behandlats utförligt i den juridiska diskursen. Jag avser inte att behandla denna fråga mer än översiktligt.

2 Dömandets arkitektur. Domarens plats i rättskulturen

2.1 Inledning

Syftet med detta avsnitt är att presentera avhandlingens rättsteoretiska ramverk. Kapitlet har två huvudpoänger. Den första är att juridik och rättsvetenskap inte enbart kan befatta sig med sådant som syns och rör sig på rättens ytnivå, det vill säga lagstiftning, rättsfall, förarbeten, kommentarer till lagstiftning, och så vidare. Sådan rättsvetenskap betecknas vanligen som rättsdogmatik, och den dominerar i dagens rättsvetenskapliga miljö. I den här boken vill jag komma åt företeelser som bara delvis syns på rättens yta, men som ändå påverkar dess utseende. För att motivera detta och förklara hur jag tänker använder jag mig av Kaarlo Tuoris modell i boken *Critical Legal Positivism*.

Kapitlets andra huvudpoäng är att den dömande makten har en alldeles speciell funktion: den kan rentav uppfattas som den offentliga sfärens ryggrad. Den offentliga sfären gör meningsfullt mänskligt liv möjligt, eftersom det är samma sak som ett ordnat samhälle.¹⁹ I denna del använder jag mig av den holländske rättsteoretikern Antoine M. Hols läsning av några av Hannah Arendts arbeten, och syftet är att understryka den avgörande roll som rättsväsendets aktörer spelar – och därmed varför forskning kring dessa är en meningsfull verksamhet. Domaren förkroppsligar i sin yrkesroll den nutida samhällsordningen på samma sätt som varje tid har sina modellfigurer – jordägaren, prästen, vetenskapsmannen, industrialisten, politikern, krigaren har haft denna roll i äldre samhällsordningar. I vår tid är det domaren som utgör den sista auktoritativa ämbetsmannen och rättsordningens sammanhållande kitt.²⁰

¹⁹ Det kan låta anspråksfullt att tilldela rättsväsendet en så avgörande roll. Se dock Hol avsnitt 2.4.2 nedan.

²⁰ Jfr även K Tuori, *Vad skall vi ha en "grundlag" till*, (2002) s 116 och avsnitt 2.4.1 nedan.

2.2 Grundlagen och rättskulturen

I boken *Critical Legal Positivism* lägger den finländske rättsvetenskapsmannen Kaarlo Tuori fram sin förklaringsmodell över rättens natur och struktur. De problem han tar upp i boken är, som han själv medger, de evigt typiska för allt rättsligt tänkande: frågor kring rättens gränser, dess legitimitet och inneboende tvingade karaktär. För rättsvetenskapen innebär rättens tvingande karaktär särskilda problem: om rätten är tvingande, och därmed i någon mening repressiv, hur kan rättsvetenskapen rättfärdiga sin egen medverkan i reproduktionen av denna repressiva ordning?

Jag har funnit Tuoris förklaringsmodeller fruktbara för mitt eget arbete, därför att de sätter in domarrollen i ett sammanhang som gör den begriplig. Inte minst understryker Tuori att rätten existerar i en historisk och rättskulturell kontext. Särskilt sympatisk är enligt min mening Tuoris förståelse av rätten som en företeelse i flera lager. Det är i denna belysning jag vill placera domaren – och visa varför domarens roll och självuppfattning är så avgörande för rättsordningens förverkligande. På ett plan är detta kanske ett banalt påstående. Naturligtvis, tänker man kanske, måste någon tillämpa rättsreglerna och se till att de blir verkställda; det måste så att säga finnas en rättslig infrastruktur. Emellertid tar man i allmänhet alltför lätt på denna och på hur det egentligen går till när rättsreglerna går från ord på ett papper till faktiska, fysiska händelser, en process där domaren är den avgörande länken.

Tuoris utgångspunkt är att den moderna rätten, som en typ av rättsordning i en serie av historiska rättstyper, är fundamentalt positiv till sin natur. Med detta avses att moderna rättsregler är resultatet av medvetet mänskligt handlande. Det är således fråga om ett avståndstagande från naturrättsliga föreställningar och en anknytning till s.k. rättspositivism.²¹ Tuoris positivism är kritisk i den meningen att han vill visa på möjligheten av en intersubjektiv kritik av rätten. Man kan enligt Tuori närma sig rätten från två håll: dels som ett symboliskt-normativt fenomen, en rättsordning, och dels som en uppsättning juridiska praktiker.²² Genom dessa kan man förstå rättsordningens botten i form av rättskultur och rättens normativa djupstruktur. Ett citat av Tuori, rörande begreppen ”grundlag” och ”konstitution”, kan tjäna som introduktion:

Med ”konstitution” kan vi avse, för det första, grundlagen som bestående av uttryckliga, diskursivt formulerade normer, den grundlag som lagboken informerar oss om, grundlagen som en normativ företeelse på rättens yta. Det är kanske skäl att betona att den här definitionen av grundlagen inte förutsätter en enhetlig skriven statsförfattning... De normer

²¹ Ang. detta begrepp, se exempelvis Strömholm 1996 s 107 ff.

²² K Tuori, *Critical Legal Positivism*, (2002) s xi. Begreppen är mina översättningar från engelskan.

som utgör grundlagen eller konstitutionen som ett fenomen på rättens yta kan också formuleras av heterogent material, exempelvis av flera enkla (grund)lagar eller viktiga domstolsprejudikat. [...] Men rättsordningen i allmänhet eller konstitutionen i synnerhet uttöms inte av sådant uttryckligt, diskursivt formulerat material. Konstitutionen kan också betraktas som en företeelse på den kulturella nivån, som en väsentlig beståndsdel av det ifrågakvarande landets rättsliga och – vi kan tillägga – politiska kultur.²³

Grundlagen eller konstitutionen kan alltså ha ett symbolvärde som kan fyllas med det innehåll som gör det möjligt för en politisk eller rättslig gemenskap att uppstå, en idé Tuori har hämtat från Jürgen Habermas' begrepp *Verfassungspatriotismus*.²⁴ Mellan konstitutionen som diskursiv företeelse och konstitutionen som kulturell företeelse pågår en ständig växelverkan. Tuori kallar det en sedimentationsprocess som börjar på rättens yta och som med tiden medför utvecklingen av en rättslig och politisk kultur som främjar den skrivna författningens genomslag. Eftersom konstitutionen kan betraktas som en företeelse på såväl den diskursiva nivån som den rättskulturella nivån, är det motiverat att i konstitutionella studier ägna sig åt även det som äger rum "under ytan".

Han exemplifierar med de nya demokratierna i Öst- och Centraleuropa och med Finlands utveckling efter självständigheten och inbördeskriget.²⁵ I vissa stater förefaller den här sedimentationsprocessen gå snabbare än i andra. Jämför till exempel utvecklingen i Ryssland med motsvarande situation i Tjeckien eller de baltiska länderna. I de senare länderna har utvecklingen mot rättsstater gått relativt snabbt medan den i Ryssland förefaller stagnera, kanske beroende på att element i rättens djupstruktur ser olika ut i de olika länderna.²⁶ Men skillnader kan också noteras mellan två så närallgande länder som Finland och Sverige:

Man kunde framföra följande (hypo)tes: ju större symbolvärde konstitutionen äger på den kulturella nivån, desto viktigare roll spelar den skrivna konstitutionen i den fortlöpande rättsliga och politiska diskussionen och i beslutsfattandet. En jämförelse mellan Finland och Sverige tycks bekräfta denna (hypo)tes. Konstitutionalismen har haft en framhävd position i Finlands rättsliga och politiska kultur ända sedan kampen för landets autonomi under de sista decennierna av ryska väldet, en kamp som till stor del fördes under konstitutionalismens fana. [...] I Sverige har situationen varit en helt annan; konstitutionen har inte haft ett motsvarande symbolvärde, den rättslig-politiska kulturen har kännetecknats av en

²³ K Tuori 2002, *Vad skall vi ha en "grundlag" till* s 218 f.

²⁴ J Habermas, *Between Facts and Norms* (1996) s 499 f.

²⁵ K Tuori, *Vad skall vi ha en "grundlag" till* s 219. Jfr Sterzel 1998 s 13 ff.

²⁶ Till exempel har Tjeckien och de baltiska länderna alltid tillhört den latinska kristenheten, vilket varit betydelsefullt för språk, utbildning, kulturspridning och den katolska kyrkans inflytande.

pragmatisk inställning till grundlagen och istället för konstitutionen har det snarare varit på folkhemsideologin den politiska nationens enhet har byggts.²⁷

Möjligen är det så, menar Tuori, att konstitutionens höga symbolvärde är en nödvändig men inte tillräcklig betingelse för den skrivna grundlagens politiska och rättsliga relevans. Alltså måste man undersöka grundlagen i dess kulturella kontext för att bilda sig en uppfattning om dess funktioner. I detta sammanhang är det viktigt att Sverige har haft en relativt lugn politisk historia; i flera länder är konstitutionen ett resultat av en befrielsekamp eller annat nationellt trauma och konstitutionen får då automatiskt högt symbolvärde, förefaller det.²⁸ Detta symbolvärde ger grundlagen politisk legitimitet samtidigt som den politiska makten får en rättslig prägel och även rättsliga gränser för sin maktutövning. Vilken maktutövning som helst i rättens namn kan ju inte försvaras. Men om enbart positiva normer ges rättslig giltighet måste även de normer som begränsar rätten vara positiva.²⁹

2.2.1 Tre rättsliga paradigmer hos Habermas

Tuoris eget arbete bottnar i Jürgen Habermas rättsfilosofiska arbete *Faktizität und Geltung* (eng. *Between Facts and Norms*). I detta försöker Habermas integrera normativa och deskriptiva undersökningar av rättsordningen. Vanligt är annars att dessa båda hålls isär till förfång för den övergripande förståelsen av rättsordningens syfte och funktion. Som vi skall se, är Habermas' "proceduriella" paradigm värdefullt för förståelsen av domstolsprocessens plats i rättsordningen.

Habermas analyserar tre "rättsliga paradigmer" för att förstå rättsstatsprinciperna (grundläggande rättigheter, maktindelning etc.): det liberala paradigmet, välfärdsstatsparadigmet och proceduriella paradigmet. I det liberala paradigmet förstås grundläggande rättigheter som friheter och rättsstatsprinciperna förverkligas genom generell och abstrakt lagstiftning med användning av precisa juridiska begrepp. Till grund för detta ligger en liberal människosyn enligt vilken samhällsmedlemmarna är autonoma aktörer på en fri marknad. I välfärdsstatsparadigmet kompletteras den formella rättsliga jämlikheten med en strävan efter faktisk frihet och jämlikhet. På det rättsliga

²⁷ K Tuori, *Vad skall vi ha en "grundlag" till* s 220.

²⁸ Se till exempel Finland (ny grundlag efter självständigheten och inbördeskriget 1919), Norge (ny grundlag vid den förväntade – men förfuskade – självständigheten 1814), Tyskland (ny grundlag efter andra världskriget), USA (nationsgrundande grundlag 1776) och rättighetsförklaringen i Frankrikes revolutionära konstitution från 1789 (med högt symbolvärde, men tills nyligen lågt rättsligt värde).

²⁹ K Tuori, *Vad skall vi ha en "grundlag" till* s 223 och 226.

området konkretiseras detta bland annat genom införandet av särskilda arbets- och konsumenträttsliga regler till skydd för svagare part. Uppgiften att verkställa de jämlika fri- och rättigheterna läggs på den offentliga förvaltningen; staten anses kunna korrigera den fria marknadens ekonomiska effekter. Den autonoma aktören på en marknad förvandlas till en klient i välfärdsstaten. Problemet med detta, enligt Habermas, är att staten och dess förvaltning i paternalistisk iver riskerar att expandera för långt så att den privata autonomin äventyras (med Habermas' begreppsapparat: "Systemets" kolonisering av "Livsvärlden").

I Habermas eget, "proceduriella", paradigm är poängen ett samspel mellan privat och offentlig autonomi. Offentlig autonomi kan inte existera utan privat autonomi och tvärtom. Medborgaren är här en aktiv deltagare i den offentliga diskursen snarare än en aktör på en marknad eller en klient i en välfärdsstat. Medborgarnas grundläggande rättigheter förverkligas inte på marknaden eller av en aktivistisk stat utan i och genom de kommunikationsflöden som bottenar i det civila samhället och som destilleras till legitima rättsregler och maktutövning.³⁰ Som jag förstår Habermas, utgör domstolsprocesser en del av dessa kommunikationsflöden. Domaren deltar genom sina avgöranden i en samhällelig diskurs som omfattar mer än det aktuella målet och han eller hon representerar samtidigt den större rättsliga gemenskapen, samhället. De processrättsliga reglernas syfte är för övrigt också att försöka tillförsäkra alla legitima parter en talan i målet och att alla relevanta fakta skall kunna komma under domarens bedömning.³¹ Synen på rättsväsendets centrala roll på den offentliga arenan har en hel del gemensamt med Hol och Arendt.³²

Behovet av ett samspel mellan privat och offentlig autonomi accentueras av de lagstiftningstekniker som kommer till användning i välfärdsstaten. Generalklausuler, ramlagstiftning och en generellt större normmassa tillsammans med ändamålsrationell tolkning har ökat förvaltningens och domstolarnas skönsmåssiga inflytande.³³ Detta förhållande kompliceras av den oklara uppdelningen av judiciell och administrativ makt, något som är särskilt tydligt i Sverige.³⁴ Risker för en extrem maktkoncentration till en juridisk elit gör det nödvändigt att en juridisk diskurs existerar även i den offentliga sfären.³⁵

Habermas visar att domstolar och domare har en central roll i att sammanjämka den liberala och den välfärdsgrundade samhällsordningen (den privata och den offentliga autonomin). Domaren är inte enbart en tekniker

³⁰ J Habermas s 388 ff., K Tuori, *Critical Legal Positivism* s 112 ff.

³¹ K Tuori, *Critical Legal Positivism* s 111.

³² Se nedan avsnitt 2.5.

³³ J Habermas s 430 ff., K Tuori, *Critical Legal Positivism* s 116.

³⁴ Se 11 kap. RF.

³⁵ K Tuori, *Critical Legal Positivism* s 116.

eller en skipare av rättvisa, utan har en institutionell roll i samhället. Tuori lyfter fram att det finns ett behov av att kritiskt granska denna roll utifrån såväl rättens positiva uttryck som dess djupare strukturer, särskilt i form av rättskultur. Domarens offentliga och institutionella roll förtydligas ytterligare i avsnitt 2.5 nedan.

2.3 Tre centrala rättsliga praktiker

Problemet med rättslig giltighet i modern positiv rätt har enligt Tuori under 1900-talet lösts på olika sätt av två olika skolor: den realistiska och den normativa. Ross, Kelsen och Hart hör hemma i den senare skolan, även om Harts igenkänningsregel har klart realistiska drag. Den realistiska modellen bygger i första hand på studier av domares och domstolars agerande och, starkt förenklat, på att det som domare och domstolar beslutar är gällande rätt. Ett viktigt problem med detta synsätt är att domarna måste utpekas enligt normativa kriterier.³⁶ Enligt Alf Ross kan rättens innehåll inte uttömmande avgöras av domarnas beteende, eftersom vi måste ha kunskap om rätten för att kunna veta vem som är domare. Det som är avgörande är istället den ”judiciella ideologin”, alltså vad domare anser om rätten.³⁷ Detta löser dock inte problemet med domarnas rättsliga status. Tuori menar att rätten snarare måste ses som ett samspel mellan rättsordningen som normativt fenomen och rätten som rättsliga praktiker.³⁸ En viktig poäng här är att rättsordningen inte uteslutande består av normer som formulerats uttryckligen (positiv rätt), utan även av djupare lager, där de rättsliga aktörerna bidrar med praktisk kunskap genom sitt agerande. Aktörerna producerar på så sätt ytterligare normer, vilka berikar den juridiska myllan.³⁹ Eftersom domare således inte bara använder sig av sin egen uppfattning om rätten, utan kanske även av *annat* än rättsregler i sina avgöranden, blir studiet av domarna, och inte enbart av rättsreglerna, nödvändigt för att få en mer fullständig bild av hur rättsordningen fungerar.

Tuori delar in de juridiska praktikerna i en vidare och en snävare krets. I den vidare kretsen (*legal practices in sensu largo*) ingår sådana handlingar som innebär att rättsordningen tolkas, tillämpas eller ändras. Sådana handlingar skall innefatta språklig kommunikation. Exempelvis innefattas ingående av kontrakt eller offentliga diskurser rörande behovet av ny lagstiftning på ett

³⁶ K Tuori, *Critical Legal Positivism* s 123 med hänvisning till A Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence* (1946) s 61 f.

³⁷ A Ross, *On Law and Justice* (1958) s 34 ff.

³⁸ K Tuori, *Critical Legal Positivism* s 121.

³⁹ K Tuori, *Critical Legal Positivism* s 131 f.

visst område eller rörande något uppmärksammat rättsfall. Alla samhällsmedlemmar, som alltså ingår i samma vida rättsliga gemenskap, kan delta i sådana diskurser eller praktiker.

I den snävare rättsliga gemenskapen (*legal practices in sensu stricto*) ingår professionella jurister. Dessa skapar och återskapar rättsordningen genom sina praktiker. I själva verket är framväxten av en juridisk expertkultur ett av de kännetecknande dragen i den moderna rättens framväxt. Denna utveckling hänger ihop med framväxten av universitet och högre utbildning liksom med receptionen av romersk rätt över hela det kontinentala Europa. Genom universiteten förmedlades en relativt enhetlig rättskultur med systematiska drag. Bland de professionella juristerna återfinner vi domare, akademiska jurister (forskare) och lagstiftare och det är dessa tre grupper som Tuori i första hand vill hänföra till den snävare rättsliga gemenskapen, även om han medger att även andra grupper av jurister spelar en viktig roll för reproduktionen av rättsordningen, exempelvis advokater och ombudsmän. Men lagstiftning, dömande verksamhet och juridisk forskning är enligt Tuori de mest centrala funktionerna, och av dessa är det bara den dömande verksamheten som är en renodlat rättslig funktion; lagstiftning är en blandning av juridisk och politisk verksamhet, medan juridisk forskning blandar juridiska och vetenskapliga element.⁴⁰ De två förstnämnda behandlas mer utförligt nedan, medan den juridiska forskningen förbigås i detta sammanhang.

Tuoris uppdelning är knappast ny. Flera har tidigare tagit upp just dessa tre kategorier av jurister som de centrala i en tusenårig kamp om den främsta positionen bland dem, och med den privilegiet att formulera rättens innehåll.⁴¹ I Dworkins common law-värld är det självklart domstolarna som står i centrum ("The courts are the capitals of law's empire, and judges are its princes...")⁴² medan det i Habermas kommunikativa rättsstat är lagstiftaren.⁴³ Under 1800-talets stora europeiska kodifikationsprojekt var det rättsvetenskapsmannen.⁴⁴ Tuori gör här en referens till Bourdieus resonemang om "fält" – i detta fall det juridiska "fältet". Konstellationen på fältet reflekteras i sin tur i den för tillfället dominerande rättskälleläran, som Tuori pla-

⁴⁰ K Tuori, *Critical Legal Positivism* s 133 f. En modern affärsjurist skulle förstås invända att större delen av den moderna affärsrelaterade civilrätten i själva verket utformas av just affärsjurister i deras dagliga verksamhet, och inte i domstolarna. Säkert kan andra grupper resa liknande invändningar, men i detta sammanhang kan vi bortse från sådana omständigheter utan förfång för vår studie.

⁴¹ Se t.ex. R.C. van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors* (1987), R Dworkin, *Law's Empire* (1998) och J Habermas 1996.

⁴² R Dworkin 1988 s 407.

⁴³ J Habermas 1996 s 150 ff.

⁴⁴ R.C. van Caenegem 1987 s 155 f. – som påpekar att även professorerna var maktens ivriga redskap och såtillvida "instrumentalister".

cerar på den rättskulturella nivån.⁴⁵ Rättskälleläran är ju knappast en formell ”lära” som slaviskt efterföljs av domare och andra praktiker.⁴⁶ Men den är inte desto mindre en avgörande komponent i allt juridiskt hantverk och medvetandet om vilka rättsliga argument som är hållbara finns inympade hos varje professionell jurist, kanske särskilt hos domarna. Det är en kompetens som inte går att mäta och som är svår att formulera på ett begripligt sätt. Den tillägnas istället under år av utbildning (där rättskällehierarkin presenteras under hand och stundom diskuteras på teoretiska delkurser) och yrkesmässig erfarenhet (där det snart blir uppenbart vad som håller).

2.3.1 Lagstiftning: politik och juridik i samspel

Tuori vill hänföra lagstiftningen till den snävare kretsen av juridiska praktiker trots att politiker, inte jurister, har sista ordet i lagstiftningsprocessen. Skälet är att jurister ändå spelar en viktig, för att i vissa avseenden inte säga avgörande, roll under produktionen av nya normer. Vi kan konstatera att så är fallet i mycket hög grad i Sverige; det konkreta skrivandet av ny lagtext görs av partipolitiskt obundna jurister – ofta domare i karriären. Det kan vara värt att notera att många lagar som stiftas är politiskt oomstridda och har karaktär av expertlagstiftning; det torde gälla stora delar av den centrala förmögenhetsrätten, exempelvis frågor om vilken avtalsslutmodell som skall gälla eller vilka krav på adekvans som skall ställas i skadeståndsrätten. Även i de fall då lagstiftningen är politiskt intressant och medialt uppmärksammas så formuleras den konkreta lagtexten av juridisk expertis i regeringskansliet och denna grupp jurister har ofta domstolsbakgrund. Även i riksdagen biträds de politiskt valda ombuden av professionella jurister med denna typ av bakgrund. Domstolsjuristerna behärskar således en stor del av lagstiftningens praktiska sidor, för att sedan vara den grupp som tillämpar samma lagstiftning.

Den moderna berättelsen om rätten och lagstiftningen, så som den skulle berättas av en typisk politiker eller byråkrat (enligt Tuori), är den om rättens *fundamentala instrumentalism*. Rätten är ett verktyg som står till förfogande för den som innehar den politiska makten och lagstiftningen är det konkreta uttrycket för detta.⁴⁷ Även i detta avseende kan vi känna igen oss i Sverige. Rättsreglernas *ändamålsenlighet* har under 1900-talet varit ett genomgående tema i såväl rättsvetenskap och politik.⁴⁸ De politiska mål som skall uppnås

⁴⁵ K Tuori, *Critical Legal Positivism* s 157 med hänvisning till P Bourdieu, *The Force of Law* (1987).

⁴⁶ Även om exempelvis den svenska regeringsformen ger vissa antydningar om rättskällehierarkin. Se t.ex. 8 och 11 kap regeringsformen.

⁴⁷ K Tuori, *Critical Legal Positivism* s 135. Även s 147, där Tuori nämner lekmäns och professionella juristers spontana positivism.

⁴⁸ Ett ofta citerat uttalande av Carl Lidbom lyder: ”Lagar skall inte betraktas med underdånig res

med hjälp av lagstiftningen angår oftast världen utanför juridiken och politiken: de handlar om ekonomi, välfärd, miljö, utbildning och mycket annat, och de ligger dessutom i framtiden. (Som en jämförelse ägnar sig domstolar åt det förflutna och forskningen åt alla tidsperspektiv.) Det intressanta ur detta ändamålsperspektiv är lagstiftningens *resultat*, det vill säga i vilken grad de politiska målen förverkligas. Och lagstiftningen, såsom diskursivt formulerade rättsregler, har en viktig status som rättskälla i den moderna positiva rätten, vilket accentueras av den demokratiska legitimitet den får av den parlamentariska lagstiftningsprocessen. Inte minst ger den juridiska betoningen på "legalitet" själva lagstiftningen en viktig roll; även före demokratins genombrott hade den skrivna lagen en särställning.⁴⁹

Men lagstiftningen ensam kan inte förverkliga några mål, utan för detta krävs att den "filtreras" genom praktiker hos myndigheter och domstolar. Den simplistiskt mekaniska syn på lagstiftningen som återgetts ovan måste därför nyanseras. Det är rentav så, menar Tuori, att lagstiftningsprodukter snarast skapar oreda i rättssystemet, eftersom de dyker upp som nya inslag i ett redan ordnat system – ingen vet ju riktigt hur lagstiftningen skall användas, hur den fungerar, innan den har tillämpats, helst i domstol. Det blir domstolarnas, och i viss mån rättsvetenskapsmännens, uppgift att reda ut hur den nya lagstiftningen skall passas in i systemet.⁵⁰

2.3.2 Rättskipning och förvaltning

Enligt Tuori kan administrativ verksamhet (som jag i detta sammanhang översätter till förvaltning) inte inkluderas i begreppet rättskipning. Som vi kommer att se i ett annat sammanhang är detta ett speciellt problemkomplex i Sverige.⁵¹ Anledningen är främst att förvaltningen ägnar sig åt två verksamheter som rättsväsendet inte i sin renodlade form kan göra: dels skapandet av normer i form av olika lägre föreskrifter, dels verkställighet av lagstiftning och andra högre normer. Till en början bör man skilja mellan politisk verksamhet och verkställande verksamhet, alltså förvaltning. Enligt Tuori består den centrala skillnaden mellan dessa i att medan politiker kan bestämma om såväl mål som medel. Förvaltningen är bunden av politiskt uppställda (ända)mål och dess existensberättigande ligger i att förverkliga dessa. Skillnaden mellan förvaltning och rättskipning består i sin tur i att rättskipningen inte är bunden av några sådana politiskt uppställda *externa*

pekt. De är instrument som används för att uppnå politiska mål." SOU 1994:99, bilaga 20, s 185.

⁴⁹ "Land skall med lag byggas". Se dock kap. 4 nedan angående domarreglerna och dessas modifierande inverkan på lagens bokstav.

⁵⁰ K Tuori, *Critical Legal Positivism* s 137 f.

⁵¹ Se kap. 5, där åtskillnaden mellan rättskipning och förvaltning diskuteras utifrån delvis andra utgångspunkter.

mål. Domstolarnas syfte är istället att tillgodose att rättsreglerna följs i de individuella fall som hamnar inför dem och att utfallet blir korrekt i dessa – vilkas omständigheter ju dessutom ligger i det förflutna. Endast i andra hand, och på prejudicerande nivå, kan det bli aktuellt att beakta eventuella framtida konsekvenser av den ena eller andra lösningen. Ytterligare en skillnad mellan förvaltning och rättskipning ligger i förvaltningens *regelbundenhet* såtillvida att dess verksamhet är något normalt och dagligt, medan domstolarna kommer in i bilden först när något har gått snett. I det avseendet skiljer sig förvaltningen från rättskipning även när förvaltningen tillämpar rättsliga normer i enskilda fall, enligt Tuori.⁵²

2.3.3 Sammanfattning

Av det föregående kan man dra slutsatsen att domare upprätthåller en särskild roll i samhället. De fyller en särskild funktion inom både lagstiftning och rättskipning, särskilt i Sverige, där domare anlitas för kvalificerade uppgifter inom den centrala statsförvaltningen. På detta sätt utförs olika funktioner eller praktiker av samma personer, men i olika roller och vid olika tidpunkter; domarna är både lagstiftare och rättskipare och förenar därmed – i en svensk kontext – viktiga funktioner i den offentliga sfären.

Domarna måste dock skiljas från administratörerna, vilkas främsta uppgifter dels är att *verkställa* lagstiftning och andra högre normer, dels att *skapa* olika föreskrifter av lägre valör. Administrativ verksamhet är mer bunden än rättskipning, och har ett högre repetitivt, vardagligt inslag.⁵³

2.4 Rättsordningens olika skikt

Tuoris lösning på problemet med rättsordningens grundläggande positivitet är rättsordningens flerskiktiga karaktär. Förutom rättens synliga ”ytnivå” som består av sådant som lagstiftning och domstolsbeslut, inkluderar rättsordningen djupare nivåer, som han kallar för rättskulturen och rättens normativa djupstruktur. I rättens djupstruktur finns dels begrepp och andra verktyg som möjliggör det rättsliga tänkandet (t.ex. ”rättighet” eller ”rättssubjekt”), dels normativa inslag (exempelvis mänskliga rättigheter och grundläggande rättsstatliga principer).

⁵² K Tuori, *Critical Legal Positivism* s 142.

⁵³ Även om många domare skulle framhålla att även rättskipningen har en del rutinartade inslag; många mål är likartade till sin natur.

I den juridiska praktiken använder sig domare och andra av rättsregler som kommit till diskursivt uttryck i lagar, prejudikat och så vidare. Det är också dessa rättsregler som används i domskäl och i annan juridisk argumentation. Men i den yrkesmässiga verksamheten använder sig juristerna även av annan kunskap, sådan som finns nerlagd i rättskulturen och i rättens djupstruktur. Men denna kommer inte till diskursivt uttryck. Hur går detta ihop?

I linje med vad som sagts ovan om de tre centrala rättsliga praktikerna, är lagstiftning (med förarbeten), prejudikat och doktrin de centrala rättskällorna på rättens ytnivå, den som kommer till diskursivt uttryck. Det är också den mest turbulenta nivån, eftersom den ständigt förändras av ny lagstiftning, nya prejudikat och så vidare – det konstant föränderliga resultatet av en ständigt pågående debatt mellan lagstiftare, domare och akademiska jurister.

I rättskulturerna finns sådana företeelser nedlagda som (oftast) inte kommer till diskursivt uttryck, men ändå påverkar det juridiska handlandet till vardags. De flesta jurister skulle nog hålla med om att en sådan nivå under rättens ytnivå i någon mening finns även om det inte är något man dagligen reflekterar över som verksam jurist. Tuori vill dock framhålla existensen av ytterligare en undanskymd aspekt av rätten, nämligen dess ”djupstruktur”. Finns det, frågar han, något som är gemensamt för rättsordningar med olika rättskultur, exempelvis mellan USA, Tyskland och Finland? Finns det en gemensam kärna trots skillnader i ytstruktur och rättskultur?⁵⁴

I ett juridiskt aktörsperspektiv skulle djupstrukturen, med användning av psykologiskt språk, närmast motsvara det undermedvetna. Frågan är om detta går att rekonstruera diskursivt. På den djupstrukturella nivån, menar Tuori, försvinner skillnaden mellan den vida och den snäva rättsgemenskapen. För att detta inte skall framstå som en mystifikation tar Tuori EG-rätten som exempel. Denna måste normalt tolkas på nationalstatsnivå. EG-rätten omfattar ett antal länder med delvis gemensam, delvis olika rättskulturer. Den mest markanta skillnaden i rättskultur är sannolikt den mellan kontinentaleuropeisk tradition och common law-traditionen. För att tolkning och förståelse skall vara möjlig måste det finnas ett språk som är gemensamt i dessa båda rättskulturer. Jurister i alla de ingående rättskulturerna förstår oftast varandra, trots skillnader i juridisk yrkeskultur, rättskällelära, begrepp, tolkningsmetoder och konstitutionell struktur.⁵⁵ Till en del förklaras sådan förståelse av sådant som sammanför mänskligheten genom dess mentala begränsningar och fattningsförmåga. Till exempel har det hittills, trots en del teoretiska försök, varit omöjligt att tillskriva andra än människor rättslig handlingsförmåga, varför djur eller träd exempelvis inte kan

⁵⁴ K Tuori, *Critical Legal Positivism* s 183.

⁵⁵ K Tuori, *Critical Legal Positivism* s 185.

ha rättigheter. På ett annat plan kan man över rättskulturer i någon mening ofta ha samma uppfattning om rättens grundläggande syfte och existensberättigande. (Här avses alltså djupstrukturen i ”mogen modern rätt”, alltså inte traditionella eller religiösa rättsliga system.) Habermas formulerar den normativa djupstrukturen i mogen modern rätt som mänskliga rättigheter och rättsstatsprinciper, och ibland ser vi dessa skymta fram diskursivt på den rättsliga ytnivån; som exempel kan nämnas diverse rättskulturellt överskridande dokument om mänskliga rättigheter (dessas inverkan på djupstrukturen kan emellertid diskuteras) och formuleringar i rättsfall med gränsöverskridande implikationer.⁵⁶

Även om man inte vill hålla med om Tuoris trenivåmodell, bör hans grundpoäng ändå slå an en sträng hos de flesta: att rättens innehåll inte är uttömt i och genom det som har fått en språklig formulering, som lagtexter och prejudikat. Faktorer bakom de diskursiva formuleringarna både villkorar och komplicerar företeelserna på rättens ytnivå. Men det går heller inte att begränsa sig till rättskulturella omständigheter – även bortom dessa finns gemensamma drag i det vi kallar ”rätt” som inte är naturrättsligt betingade utan tvärtom är resultatet av mänsklig aktivitet under lång tid, som har sedimenterats i vårt rättsliga medvetande.⁵⁷

2.4.1 Juridisk expertkultur

På den rättskulturella nivån finner vi sådant som rättskällelära och tolkningsverktyg som juristerna använder sig av. Även den juridiska expertkulturen i sig hör hit. Dess främsta funktion är att garantera rättsordningens systematiska sammanhang och på så sätt göra den rationell genom förutsebarhet. En domare som tillämpar en diskursivt uttryckt rättsregel förlitar sig – förutom på sin kunskap om den diskursivt uttryckta rätten – på sin *praktiska* kunskap om rättskulturen.⁵⁸

Den juridiska expertkulturen representerar också det kollektiva rättsliga minnet. Det är denna samlade kompetens, och inte de rättsliga normerna i sig, som gör det möjligt för rätten att förändras och utvecklas – och som

⁵⁶ Till exempel följande fall från USA:s högsta domstol ang. dödsstraffets tillämpning på utvecklingsstörda respektive minderåriga: *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958); *In re Stanford*, 537 U.S. 968, 971, 123 S.Ct 472, 475 (2002), (Stevens, J., dissenting).

⁵⁷ K Tuori, *Critical Legal Positivism* s 196.

⁵⁸ K Tuori, *Critical Legal Positivism* s 163. Rättskulturen är i Tuoris bild ett fält för normer och inte för den sociala praktiken (denna distinktion är viktig, se a.a.s. 121 ff) men de rättskulturella normerna kommer till uttryck i den juridiska (sociala) praktiken. Normsystemet är på så sätt en projektion av den sociala praktiken.

gör det möjligt för en domare att resonera sig fram till en lösning i ett knepigt fall där rättskällorna ger föga eller ingen ledning.⁵⁹

Vad, närmare bestämt, är då en juridisk expertkultur? Med Bourdieus uttryckssätt är det ”juridiska fältet” ordnat kring en samling interna antaganden, uppförandekoder och själv rättfärdigande värderingar. Rättsreglernas funktion avgörs av den juridiska professionens interna politiska spel. De juridiska praktikerna formas av tradition, utbildning och den dagliga erfarenheten av skick och bruk och yrkesmässigt beteende. Detta kallar Bourdieu *habitus*. Det tillägnas via utbildning och yrkeserfarenhet och ger nödvändig kompetens för att delta i kampen om inflytande på det juridiska fältet. Habitus differentieras också för olika underprofessioner inom det juridiska fältet; exempelvis tillägnar sig rättsvetenskapsmannen även ett vetenskapligt *habitus*. Tillägnelsen av *habitus* gör det möjligt för rättsvetenskapsmannen att exempelvis formulera sina argument på ett sätt som gör dem aptitliga för en domare eller lagstiftare. Tuori går så långt som att påstå att huvudsyftet med de kontinentaleuropeiska universitetsutbildningarna i juridik är att förmedla och internalisera just den juridiska expertkulturen, snarare än att förmedla diskursiv kunskap om innehållet i rättens ytnivå. Den rättskulturella skolningen sedimenteras i de blivande juristernas medvetande så att de förvärvar den praktiska kunskap som de behöver för att skaffa och tillämpa ytterligare diskursiv kunskap, något som enligt Tuori dessutom kommer till uttryck i officiella dokument om juristutbildningens syfte.⁶⁰ Ett utdrag ur studiehandboken för juristprogrammet vid Uppsala universitet förefaller bekräfta denna bild av utbildningens uppgift:

En demokrati och rättsstat kännetecknas av rättssäkerhet, öppen och kontrollerad maktutövning, fri åsiktsbildning och respekt för medborgarnas övriga fri- och rättigheter. I en sådan stat måste finnas jurister med ett självständigt och kritiskt förhållningssätt gentemot regelsystemet och ett historiskt, internationellt och rättsteoretiskt perspektiv. Juristprogrammets främsta uppgift är att tillgodose detta allmänna samhällsbehov av en kvalificerad juristprofession.⁶¹

Utbildningens främsta uppgift är alltså att tillgodose behovet av en kvalificerad juristprofession som är självständig och kritisk och har perspektiv – en intressant utgångspunkt för en utbildning och en yrkeskategori som stundom beskylls för att vara mekanistisk och gå maktens ärenden i första hand. Här är det ju snarare flexibilitet och självständighet som skall premieras.

⁵⁹ K Tuori a st.

⁶⁰ K Tuori, *Critical Legal Positivism* s 166.

⁶¹ Studiehandbok för juristprogrammet, Juridiska institutionen, Uppsala universitet 2008-09. Se vidare kap. 6 angående utbildningens betydelse för domarrollen.

Utbildning och yrkeserfarenhet är emellertid inte tillräckliga faktorer för att skapa en jurist. Som antytts ovan måste juristen – särskilt domaren – ”internalisera” rätten, kanske inte i första hand de diskursivt utformade reglerna men rättskulturen och djupstrukturen. I någon mening måste domaren *tro* på vad han eller hon gör.⁶² Skapandet av ett sådant förhållningssätt tar tid, och förklarar delvis varför välvilliga men naiva försök att utbilda fram rättsstater och demokratier i forna diktaturer ofta misslyckas, eller i varje fall tar lång tid, vilket erfarenheter i Öst- och Centraleuropa antyder.⁶³ Och det kan också bidra till att förklara varför implementeringen av EG-rätt i nationella domstolar tar tid och inte sker automatiskt. Det går inte att enbart genom utbildningsåtgärder (eller värre, enbart direktiv) ”stänga av” det invanda juridiska tänkandet och koppla på ett delvis helt nytt tänkesätt. Och någon enhetlig EG-rättskultur finns som sagt ännu inte, utom möjligen i Luxemburg. I detta sammanhang är 15 år (tiden sedan Sveriges EU-inträde och ”receptionen” av den EG-rättsliga normmassan) en mycket kort tid.⁶⁴

2.5 Den dömande uppgiftens offentliga karaktär

Jag växlar nu till kapitlets andra huvudpoäng: den dömande makten som den offentliga sfärens ryggrad. Med utgångspunkt i Hannah Arendts arbeten har den holländske rättsfilosofen Antoine M. Hol försökt placera in rättsväsendet och domarna i en samhällsfilosofisk kontext.⁶⁵ Grundtanken är att rätten och rättsväsendet utgör ryggraden i vad Arendt har kallat den offentliga sfären (the public realm).⁶⁶ Hol konstaterar att domarna verkar vara den sista professionen som slutligen har förlorat sin tidigare nästintill absoluta auktoritet.⁶⁷ På många håll ställs krav på ökad transparens i domstolsväsen-

⁶² J Bell s 24 ff. Jfr även M Arvidsson, *The Presence of Absence of Personal Identity. Everyday conditions of practicing law* (2007).

⁶³ A Fogelklou och F Sterzel (red.), *På väg mot rättsstater i Östeuropa* (1997) och A Fogelklou och F Sterzel (red.), *Consolidating legal reform in Central and Eastern Europe : An anthology* (2003).

⁶⁴ K Tuori, *Critical Legal Positivism* s 208 f. Jfr. även K Å Modéer, *From 'Rechtsstaat' to 'Welfare-State'. Swedish Judicial Culture in Transition 1870-1970* (2003), s 151 f.

⁶⁵ A.M. Hol, *Adjudication and the public realm. An analysis based on the work of Hannah Arendt* (2005).

⁶⁶ Jfr. följande formulering i en statlig utredning: ”Domstolarnas fundamentala roll i samhället ger domarna en särställning i förhållande till jurister som är verksamma på den offentliga sektorn i övrigt och till jurister på den privata sektorn. [...] Domarnas uppgift är... att vara den yttersta garantin för att de rättigheter och skyldigheter som följer av lagstiftningen upprätthålls både i förhållandet till det allmänna och i förhållanden mellan enskilda. Domaryrket har därför en särskild status som medför att det för många bör kunna ses som krönet på en juristbana.” SOU 2003:102 s 194.

⁶⁷ A.M. Hol a.st. Jfr även S Strömholm, *Lagstiftningen förr och nu* (1977): ”[juristerna] kan i vida mindre omfattning än tidigare räkna med att deras lösningsförslag accepteras på grund av förtro-

det, och i bland annat Sverige och Holland har domstolsadministrationen tagit ett fastare grepp om domstolarna, så att domarna måste redovisa sin arbetstid⁶⁸ och andra åtgärder vidtas för vad som anses vara ett mer effektivt resursutnyttjande.⁶⁹ Förutom ett ökat fokus på rättskipningens kostnader har även en ny typ av ”kundorientering” dykt upp. Rättsväsendets behandling av enskilda rättsökande och andra som kommer inför domstolarna har fått ökad uppmärksamhet.⁷⁰

Dessa två tendenser är enligt Hol två sidor av samma mynt: rationalisering och ”personifiering” (personalization). Ur demokratisk synvinkel kan säkert mycket positivt sägas om dessa, menar Hol, men frågan är om effektivitet, management och kundorientering, som traditionellt förknippas med näringslivet, ovillkorligen passar rättsväsendet och dess verksamheter. Den springande punkten är att domarkårens uppgift är att tjäna det allmänna intresset och inte kan erbjuda sina tjänster på marknaden, åtminstone enligt en traditionell uppfattning (till vilken jag för övrigt ansluter mig).⁷¹ På så sätt bör de aktuella tendenserna, som på ytan uppfattas som demokratiska, snarare betraktas som problem för demokratin. Ambitionerna att skapa demokratisk insyn och/eller kvalitativa förbättringar i de rättsliga institutionerna, genom kontroll, styrning, mätning värdering och så vidare, kan få en paradoxal motsatt effekt, nämligen att deras förmåga att fullgöra sina kommunikativa uppgifter försämras.⁷²

Enligt Arendts och Hols uppfattning bör rätten och rättskipningen uppfattas som den offentliga sfärens ryggrad, därför att dess uppgift är att skydda medborgarnas lika rättigheter, vilket möjliggör deltagande i samhällslivet och dessutom tillhandahåller en struktur inom vilken medborgarna kan delta i den offentliga diskursen. Enligt Arendt är förekomsten av en offentlig sfär förutsättningen för stabilt och därmed meningsfullt mänskligt liv. Särskilt gäller det individens möjlighet att göra sig meningsfull; utan en offentlig sfär finns det inget som gör det möjligt att relatera till andra människor och som ger människan en någorlunda säker och permanent tillvaro.⁷³ Den offentliga sfären utgör ett rum där individen kan bli sedd och hörd som in-

ende eller auktoritet. De måste lära sig att framlägga och argumentera för dessa lösningar på ett sätt som mindre kunskapsrika och ofta starkt engagerade lekmän kan både följa, bedöma och eventuellt acceptera.”

⁶⁸ En klassisk komponent i deprofessionalisering och New Public Management är att framtvinga tidsredovisning av olika slag. Se nedan kap. 6.

⁶⁹ Ang. detta, se kap. 3 och 6 nedan.

⁷⁰ Se t.ex. S Heuman, *Hur kan förtroendet för domstolarna stärkas* (SvJT 2009 s 49) ang. ”brukarupplevd” kvalitet, liksom SOU 2008:106 ”Ökat förtroende för domstolarna”.

⁷¹ En annan sak är att en del domare anlitas flitigt i skiljenämnder och kanske i andra näringslivssammanhang, men det är bisysslor, inte något som utförs i egenskap av domare (även om de anlitas på grund av sitt yrke).

⁷² Se vidare ang. detta i kap. 3 och 6 nedan.

⁷³ Jfr T Hobbes, *Leviathan* (1994), s 74 ff. (chapter XIII).

divid. I själva verket har bara den som har tillgång till den offentliga sfären tillgång till verkligheten, för enligt Arendt är verklighet detsamma som att bli sedd och hörd.⁷⁴

Arendt lägger vikten vid den romerskrättsliga uppfattningen om rätten som relation, snarare än som kommando och lydnad. Rätten sammanbinder individer som kommer i kontakt genom yttre omständigheter. Det är dock fråga om positiv rätt, som kommer till stånd genom lagstiftning eller ingåendet av kontrakt. Rätten skapar nya relationer mellan människor genom samtycke. Detta förutsätter att människors fundamentala jämlikhet erkänns, vilket är fallet i västerländska staters konstitutioner. Jämlikheten är dock, enligt Arendt, inte naturlig.⁷⁵ Tvärtom är människor av naturen ojämlika och behöver därför staten för att göra jämlikheten möjlig. Rättsväsendets existens och funktionssätt är ett konkret uttryck för hur den fundamentala jämlikheten görs möjlig.

För att kommunikation skall vara möjlig måste även pluralismen erkännas. Därför blir all rätt ett resultat av kompromisser: en lag eller ett kontrakt kan inte tillkomma genom diktat eller våldshandlingar utan endast genom ömsesidiga överenskommelser. På detta sätt är rättens auktoritet förankrad i det folkliga samtycket och inte i naturrätt eller något annat politiken utomstående.

Den stabilitet som rättsordningen skänker gör enligt ovanstående resonemang mänsklig frihet möjlig. Rätten ger en struktur som möjliggör mänsklig kommunikation, något som annars inte vore möjligt på grund av människans tillfälliga natur, och skapar ramar för vår existens i en social värld. Rättskipningen är en praktik som åskådliggör detta. Även i en relativt informell processordning som den svenska kan domstolsprocessen i någon mening liknas vid en teaterföreställning. Alla som befinner sig i rättssalen spelar en roll. Även tilltalade och målsägande befinner sig där i rollen av rättssubjekt, alltså en roll de spelar som medlemmar av rättsordningen. Utan en sådan "teatralisk" struktur skulle konflikten som behandlas vid domstolen inte kunna lyftas ut ur sitt alldagliga sammanhang. Utan en opartisk institution som kan stå emellan och ja, ovanför parterna vore det kanske inte möjligt för parter som står långt ifrån varandra, och kanske dessutom både är synnerligen ojämlika och förbittrade på varandra, att överhuvudtaget komma till tals. På så sätt kan man uppfatta domstolsprocessen som ett destillat av den offentliga sfär som är nödvändig i ett demokratiskt samhälle.

⁷⁴ H Arendt, *Människans villkor* (1998) s 237 ff.

⁷⁵ Jfr FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna, art 1: "Alla människor är födda fria och lika i värde och rättigheter."

2.5.1 Rationalisering och instrumentalism

Arendt konstaterade att ekonomiska överväganden spelar en dominerande roll i dagens politik och offentliga liv. Politiken i det moderna samhället verkar ha till främsta uppgift att hantera ekonomiska processer och får på så sätt en instrumentell prägel. Den blir dessutom alltmer administrativ till karaktären. Parallellt med denna tendens sker en "personifiering" ("personalization") av det offentliga livet.⁷⁶ Detta hänger ihop med en konstant jakt på autenticitet i det offentliga livet. Den offentliga personen (politikern, ämbetsmannen) skall demaskeras och läras känna bakom den offentliga masken. Särskilt politiker brukar numera uppträda i olika mediala sammanhang där de skall visas upp som privatpersoner. Personen blir ofta viktigare än budskapet. Man kan naturligtvis hävda att denna typ av "personifiering" avslöjar hyckleriet hos offentliga personer som försöker dölja sin rätta natur. Frågan är dock, enligt Hol, om inte detta i själva verket är en regression som utlämnar medborgarna till att lita till rent personliga relationer ("broderskap") och blir alltmer preliminär eftersom man alltid kan fråga sig om personen som visar sitt "rätta ansikte" verkligen är på riktigt. Arendt gör en jämförelse mellan antik och modern syn på vänskap. Medan i antiken vänskapen essens var samtal, betyder vänskap i det moderna samhället snarare känslor.⁷⁷ Den offentliga sfären ger möjlighet till en form av "vänskap" mellan främlingar. Håller denna offentliga vänskap på att erodera?⁷⁸ Arendt verkar anse det. Istället för "offentlig vänskap" får vi en längtan efter intimitet i hela den offentliga sfären.⁷⁹ Exempel på detta är intresset för människan bakom ämbetsmannen eller politikern och, som det förefaller, medborgarens ökade behov av personlig kontakt med representanter för det offentliga.⁸⁰

På området rätt och rättskipning kommer ovanstående tendenser – personifiering och rationalisering – till uttryck på flera olika sätt. Hol nämner den ökade fixeringen vid ekonomiska mått och styrmedel, något som också kan betraktas i Sverige.⁸¹ Rättegångsordningen görs mer rationell och ekonomisk i en mängd avseenden, utvärderingar och mätningar tillhör vardagen och produktionseffektivitet står i centrum för den administrativa (och kanske judiciella) verksamheten. Med ett ständigt ökande antal mål att avgöra är det ofrånkomligt att vissa delar av verksamheten får industriella drag. I den

⁷⁶ Se även ovan 2.4.2.

⁷⁷ H. Arendt, *Men in Dark Times* (1968) s 24.

⁷⁸ Jfr exempelvis R.D. Putnam, *Bowling Alone* (2001).

⁷⁹ H. Arendt 1995 s 13.

⁸⁰ A.M. Hol 2005 s 50. Anekdotisk kunskap ger vid handen att antalet så kallade rättshaverister tenderar att öka, personer som ofta kräver personlig uppmärksamhet av myndigheter och offentlighet. En författare som Hol hänvisar till har myntat uttrycket Big Mother för detta fenomen. Se även G. Lambertz i NJM 37 (2005) s 207 ff.

⁸¹ Se kap. 6 angående detta.

intervjuundersökning som presenteras i en annan del av detta arbete använder också en del av de intervjuade domarna begrepp som ”fabrik” och liknande för att beskriva verksamheten, särskilt i underrätterna.⁸² Specialisering är en annan tendens i den dömande verksamheten som har klara drag av rationalisering, men som kan ha blandade effekter.⁸³ En aktuell tendens i Sverige är den så kallade renodlingen, som innebär att fler uppgifter läggs över på beredningspersonal och att de ordinarie domarna ägnar sig enbart åt ”dömande”. En annan är den ökade tonvikten vid administrativt ledarskap.⁸⁴ Sammantagna är alla dessa tendenser exempel på *deprofessionalisering* av domarkåren.⁸⁵

Alternativ tvistlösning (ADR, *Alternative Dispute Resolution*) är en typ av privatiserad rättskipning som bara förekommer i civilrättsliga sammanhang. Här avgör parterna i allmänhet formerna för tvistlösningen och blir bundna av dess resultat.⁸⁶ Ett problem med ADR i detta sammanhang är processernas fokusering på det enskilda fallet och möjligheterna att ta upp alla möjliga omständigheter som i en vanlig domstol inte skulle bedömas som rättsligt relevanta. En följd av detta blir att resultaten av ADR-processer sällan kan generaliseras (dessutom är de ofta hemliga). Utvecklingen av prejudikat, och därmed av rättsordningen och den offentliga sfären, gynnas inte av ADR-processer eftersom dessa står utanför den offentliga sfären.

Ovanstående tendenser behöver inte nödvändigtvis betecknas som enbart negativa ur ett rättsordningsperspektiv. Rättskipningen och domstolsorganisationen måste fungera på ett rimligt sätt. Risken är bara att rationaliseringen får menliga effekter på tillgängligheten, och därmed domarens roll som offentlig medlare och rättsordningens väktare, om man så vill. Sedan länge finns ett ökat intresse för alternativ konfliktlösning, och inte bara inom näringslivet. Konfliktlösning är förvisso en av rättsväsendets uppgifter, men ännu viktigare är kanske att det offentliga livet kommer till uttryck i domstolarna på ett sätt som inte är möjligt vid privat rättskipning. Rättskipningen följer upp det politiska beslutsfattandet och konkretiserar detta och blir på så sätt en vital länk i den offentliga debatten. En alltför långt gången privatisering, där rättskipningen inte är en sådan komponent, riskerar att ytterligare minska den offentliga sfär som enligt Arendt är platsen för människans existens.⁸⁷

⁸² Se kap. 7.

⁸³ T.ex. har många specialdomstolar nu avskaffats, bland annat med hänvisning till att forumförvirringen kunde skapa processekonomiska förluster.

⁸⁴ S Heuman i SvJT 2009 s 53. Se vidare kap. 7 nedan.

⁸⁵ Se vidare kap. 3 och 8.

⁸⁶ Lag (1999:116) om skiljeförfarande.

⁸⁷ A.M. Hol 2005 s 51.

2.6 Sammanfattning

Av Tuori har vi lärt oss att rättsordningen kan uppfattas som bestående av olika skikt. Innehållet i den rättsliga undervegetationen kan måhända betraktas som något som befinner sig i det juridiska undermedvetandet hos de juridiska aktörerna, även domarna. Detta undermedvetna kommer sällan till uttryck i den rättsliga vardagen, utan måste läsas in mellan raderna i domskäl och lagförarbeten och sättas i sitt historiska och samhälleliga sammanhang. Av detta drar jag slutsatsen att studier av annat och mera än rättsliga dokument kan vara nödvändiga för att förstå den rättsliga verkligheten.

Av Arendt och Hol har vi lärt oss att rättsordningens stabilitet är en förutsättning för reell mänsklig frihet. Den ”offentliga vänskapen” gör det möjligt att upprätthålla mänskliga relationer mellan främlingar och är, i en mening, på så sätt civilisationens kärna. Rättsväsendet är platsen där denna avgörande offentlighet äger rum. Detta motiverar ytterligare studiet av domstolar, domare och hur deras funktion i rättsordningen och samhällslivet.

3 Domarkåren som profession

3.1 Inledning

Syftet med detta kapitel är att introducera läsaren till professionsteoretiskt tänkande och de verktyg som kommer att användas i den fortsatta framställningen i de empiriska kapitlen (4-7). I dessa kommer insikter från professionsteoretisk forskning att användas för att belysa den svenska domarkårens yrkesmässiga situation. Kapitlet berör i huvudsak två temata. Det första temat berör frågan om värderande inslag i juridiskt och särskilt i dömande verksamhet. Syftet med detta är att diskutera betydelsen av *professionellt omdöme* i dömande verksamhet och därmed domarkåren eventuella status som profession. Det andra temat berör domarkåren i samhällsvetenskaplig diskurs.

Det står nog klart för de flesta att rättstillämpning, i betydelsen operationalisering⁸⁸ av rättsregler, inte kan vara en oproblematisk eller mekanisk verksamhet som enbart styrs av inomrättsliga faktorer såsom ”rättskällorna”. Ändå uppmärksammas frågorna om objektivitet och värderingar föga i juristutbildningen och i den interna juristdiskursen, annat än möjligen mellan raderna.⁸⁹ Tillämpningen av rättsregler betraktas på många håll som en verksamhet som huvudsakligen – kanske enbart – är beroende av juridikens egen inre logik. Juristutbildningen går således i huvudsak ut på att lära sig hantera de så kallade rättskällorna, det vill säga bekanta sig med källornas innehåll och med olika tolknings- och hanteringsregler för att avgöra svåra fall. Man brukar säga att den traditionella juris kandidatutbildningen är domarcentrerad, det vill säga inriktad på att tillgodose rättsväsendets behov, och denna inriktning har varit den dominerande under hela den tid som akademisk juridisk utbildning funnits i Sverige. Samtidigt som universiteten

⁸⁸ Med detta begrepp avses i denna kontext tillämpningen av abstrakta rättsregler på konkreta fall, det vill säga steget från norm till faktum. Ang. detta, se t.ex. J Habermas 1996; T Wilhelmsson 2001; M Gräns 2006.

⁸⁹ Se t.ex. K Å Modéer, *Den svenska och nordiska samhällsreligionen* (2009) s 175. Jfr. dock även T Wilhelmsson 2001, H Andersson 2006 och M Gräns 2006.

formar de blivande juristerna, anses utbildningen alltså vara utformad efter rättsväsendets behov och normer.⁹⁰ Historiskt stämmer det såtillvida att hovrätterna under lång tid själva ombesörjde examinationen av jurister. Numera ställs många och varierande krav på juristutbildningarna, men ett visst fokus på domarrollen kvarstår.

Grundutbildningen vid universitetens juridiska fakulteter sätter ofrånkomligen en stark prägel på de nytexaminerades bild av rättens karaktär. Den inleder även en intensiv insocialisering i juristprofessionen. Viktiga delar av juristens självbild formas under utbildningstiden, och denna kommer att präglas av de rättsideologiska omständigheter som är rådande under varje tid. Universiteten och de där verksamma forskarna och lärarna spelar således en avgörande roll för formandet av juristrollen och för de blivande juristernas uppfattning om rättens roll och innebörd, juristprofessionens uppgift och de ideal som bör vara vägledande i juridiskt arbete. Juristernas roller och ideal har naturligt nog varierat med de historiska omständigheterna.⁹¹ Det gäller såväl juristprofessionen som helhet som de enskilda yrkesrollerna som domare, ämbetsmän, advokater och akademiska jurister som forskar och undervisar.

Även om juristerna uppfattar sin roll och sina uppgifter som i princip oproblematiska – det handlar om att tillämpa rättsregler – är det alltså givet att verksamheten inte kan vara oproblematisk, vilket kommer sig av rättens själva natur som en verksamhet bemängd med värderingar. Detta hade kanske varit mindre problematiskt om det gällde något annat humanistiskt eller samhällsvetenskapligt område, där det anses naturligt att olika teoribildningar avlöser varandra. Juridiken däremot förmedlar en uppsättning värderingar som i någon mening skall gälla som vedertagen sanning och som kan få påtagligt ingripande konsekvenser för enskilda personer, konsekvenser i sista hand kan genomdrivas med våld.⁹² Juridik och rättsregler har alltså en hel del med makt och maktutövning att göra, en annan omständighet som måhända problematiseras för sällan.

Även om jurister kan vara överens om att juridiska frågor inte har några definitiva och korrekta svar, så gäller det främst på ett teoretiskt plan. I det konkreta fallet existerar sannolikt ”rätt” och ”fel” på ett påtagligt sätt för de inblandade personerna. Kanske särskilt för parterna, men troligen även för domstolens ledamöter.⁹³ Eftersom rätten på detta sätt handlar om att över-

⁹⁰ Se även kap. 6.

⁹¹ Se vidare kap. 4.

⁹² Här kan avses, förutom det traditionella fysiska våld som normalt avses i detta sammanhang, även ekonomiskt våld, ”rättsligt” våld i form av fräntagande av juridiska rättigheter, olika typer av strukturellt våld och annat tvång eller hot om våld eller tvång.

⁹³ Jfr R Dworkin 1998 s 1: ”It matters how judges decide cases. It matters most to people unlucky or litigious or wicked or saintly enough to find themselves in court [...] The difference between dignity and ruin may turn on a single argument that might not have struck another judge

föra de värderingar som finns nedlagda i rättsordningen och rättskällorna på konkreta fall och ärenden, finns det anledning att fråga sig vilken hållning de personer intar, som har till uppgift att göra just detta. Här är domarna av särskilt intresse.

Till detta kommer den ofta omvittnade omständigheten att juridisk verksamhet, i betydelsen verksamhet vid domstolar, myndigheter, företag och advokatbyråer, paradoxalt nog ofta är ganska ojuridisk, vilket Claes Sandgren har visat i en undersökning. Tiden används i större omfattning till faktafrågor och liknande.⁹⁴ En klar majoritet av ärendehantering vid myndigheter och domstolar består i att besluta i och avgöra tämligen rutinartade fall, där någon ingående prövning inte blir aktuell. Även de mer omfattande fallen, exempelvis stora brottmål, består mer sällan av renodlat juridiskt ”knäckande” utan till stor del snarare av bevisfrågor och andra avgöranden av vad som är rimligt, skäligt och liknande – frågor som kan avgöras på ganska oklara grunder, åtminstone av domskäl eller beslutsmotivering att döma. Här blir det alltså andra egenskaper och förmågor än renodlat juridiskt kunnande som blir avgörande för utgången av ett mål eller ärende, egenskaper som den juridiska utbildningen vid universiteten inte övar upp i nämnvärd omfattning och som till stor del kanske får avgöras med hjälp av det så kallade sunda förnuftet.⁹⁵ Av studien framgick dessutom att juristerna i stor utsträckning använder sig av traditionella rättskällor, men att föreställningen om en hierarki mellan dessa är en sanning med stora modifikationer – istället används rättskällematerialet som en helhet i syfte att mejsla ut en slutsats.⁹⁶ Den juridiska ”verkligheten” synes alltså vara mindre sträng än vad teorin ibland förmedlar.

Slutligen är frågan huruvida objektivitet, en egenskap som ofta hyllas som en typisk juristdygd, är möjlig i juridisk verksamhet, vare sig den är praktisk eller teoretisk. Robert Pålsson har uttryckt det på följande sätt:

Det finns i svensk och delvis i övrig nordisk tradition en föreställning om att värderingar inte hör hemma i juridiken, att värderingar inte behövs ens för att lösa ”the hard cases”, det vill säga sådana gränsdragningsfall som man kanske inte förutsett när lagen skrevs, och där regelverket sätts på prov. Mer konkret innebär denna föreställning, att lagtolkning och ap-

so forcefully, or even the same judge on another day.” Och: ”There is inevitably a moral dimension to an action at law.” Jfr även J Samuelsson 2008 s 221 ff.

⁹⁴ C Sandgren, *Vad gör juristen? Och hur?* i JT 2000 s 594.

⁹⁵ Ang. domarens egenskaper, se K G Ekeberg, *Om domarutnämningar* (2008) s 116. Se även T Wilhelmsson 2001 s 120 ff.

⁹⁶ C Sandgren, *Vad gör juristen? Och hur?* i JT 2000 s 869. Man bör dock hålla i minnet att ”rättskälleläran”, i den mån man kan tala om en sådan, inte gör anspråk på att tala om vad jurister gör, utan endast handlar om de olika juridiska texternas tyngd i den juridiska argumentationen. Exemplet visar hur som helst att juridiska aktörer inte nödvändigtvis agerar som de kunde förväntas göra med hänsyn till teorin.

plicering av lagens ord på verkligheten, kort och gott användning av lagen, kan ske på ett mekaniskt sätt, utan att man behöver välja mellan olika lösningar, och utan bruk av den egna förmågan till värdebaserade ställningstaganden. Nuförtiden är juristernas sätt att se på sin verksamhet visserligen mer nyanserat, eller åtminstone varierande, men idén om att det alltid finns ett enda korrekt svar på en juridisk fråga, och att detta svar praktiskt taget kan deduceras fram med hjälp av korrekt användning av rättskälleläran lever kvar hos många. [...] Men det finns ett problem: Det som jag vill att lagen ska säga, det väger jag också in, medvetet eller omedvetet, när jag tolkar lagen.⁹⁷

Mer koncist uttryckt av Gadamer:

Det lagen föreskriver och vad som är ett fall för lagen, det är entydigt bestämt endast i livsfarliga formalisters ögon. Rättskipning innebär att tänka samman fallet och lagen så att det egentligt rätta eller rätten därmed konkretiseras. Ofta är därför domspraxis, det vill säga de fällda domsluten, viktigare i rättssystemen än de allmänna lagar, efter vilka domarna utfärdas; med rätta såtillvida som innebörden i något allmänt, en norm, rättsfärdigas och bestäms endast i och genom konkretionen.⁹⁸

Påhlsson menar att moral och värderingar spelar en viktig roll i såväl praktisk som teoretisk juridisk verksamhet, vare sig vi vill det eller inte. Denna ståndpunkt delar han med ett antal nutida rättsvetenskapliga forskare. Poängen hos de flesta av dessa tycks vara att den som hävdar att hans eller hennes skrifter är värderingsfria, lurar sig själv. Traditionell rättsvetenskap uppfattas då inte som värderingsbemängd, fast den visst är det.⁹⁹ Skepticismen mot neutralitetsidealet är väl förankrad i en vetenskapsfilosofisk tradition från Nietzsche över Horkheimer, Adorno och Gadamer till Foucault och postmodern teoribildning,¹⁰⁰ vilket hindrar inte att neutralitetsidealet även har vetenskapliga förespråkare av olika schatteringar. De är emellertid inte överens om hur man som jurist bör betrakta värderingar.

Nyare forskning kring rättskälleteorin talar också för att synen på vad som är en rättskälla bör vidgas från att omfatta enbart de traditionella (i svensk tradition vanligen lag, prejudikat och förarbeten) till att omfatta en större del av de faktorer som rent faktiskt påverkar rättsliga avgöranden. Man kan därvid tala om rättens kunskapskällor eller argumentkällor eller rättskällebegreppet i vid bemärkelse (*sensu largo*). En yttre gräns för rättskällebegreppet kan enligt denna uppfattning sättas vid öppet partipolitiska

⁹⁷ R Påhlsson, *Hunden klockan tre och fjorton. Rapport från juridikens tankevärld* (2005), s 27 f.

⁹⁸ H G Gadamer, *Förnuftet i vetenskapens tidsålder* (1988), s 52.

⁹⁹ C Dahlman, *Neutralitet i juridisk forskning* (2006), s 11 ff.

¹⁰⁰ Se även kap 2.

ståndpunkter eller domarens personliga uppfattningar.¹⁰¹ En sådan uppfattning om rättskällor blir möjligen alltför omfattande, eftersom nästan ”allt” i så fall kan räknas som rättskälla. Här finns inte utrymme för att närmare gå in på denna fråga, men man kan i alla fall konstatera att det finns vissa tendenser mot en öppning och utvidgning av rättskällebegreppet.

De flesta jurister, såväl teoretiker som praktiker, torde idag erkänna att juridisk verksamhet innefattar värderingar och att de hanteringsregler och allmänna principer som används inom juridiken är metoder för att hantera värderingar.¹⁰² Domstolar har i många fall tvingats ha utförliga resonemang i domskäl kring proportionalitet och andra diffusa begrepp. Antalet dissenser blir fler och mer omfattande, vilket också tyder på skillnader i bedömningsfrågor och på en ökande juridisk komplexitet¹⁰³ på många områden. Det kan också tyda på en förändringstendens i svensk rättskultur.¹⁰⁴ Men faktum kvarstår: frågorna om vad som egentligen utgör det juridiska omdömet och hur bedömningsfrågor i själva verket avgörs hör till området för tyst eller icke-explicit kunskap, som i stor utsträckning traderas inom juristprofessionen. Detsamma gäller domarnas uppfattning av vad de är bundna av i form av regler och metodologi. Denna bild bekräftas till viss del av intervjuundersökningen.¹⁰⁵

Det torde stå klart för läsaren att jag är av uppfattningen att juridisk verksamhet och juridiskt arbete, vare sig den är av rättsvetenskaplig eller praktisk karaktär, inte kan bedrivas utan användning av värderingar. Dessa värderingar kan antingen vara explicit subjektiva (det vill säga medvetet personliga) eller internaliserade genom juridisk utbildning och yrkeserfarenhet (anknutna till professionen och med ursprung i rättskulturen). Det är också skälet till att sociologiska studier av domare – och av andra juridiska yrkesgrupper – överhuvudtaget är relevanta. Vore domaren en subsumtionsautomat skulle varje studium av domarrollen vara meningslös i ett juridiskt eller rättsvetenskapligt perspektiv. Sådana studier skulle kunna ha ett uteslutande sociologiskt eller allmänt samhällsvetenskapligt värde, men inte ett juridiskt. Min ståndpunkt är att studier av juristrollen har ett synnerligt juridiskt värde, eftersom rättsregler och juristroll inte kan skiljas åt.

¹⁰¹ M Gräns, *Om hjälpretenskapernas betydelse för rättstillämpningen och rättsvetenskapen*, i JT 2007 s 783.

¹⁰² En betydelsefull person för denna utveckling i svensk rättsvetenskap under senare tid är Nils Jareborg; se t.ex. *Värderingar* (1975) och *Mening, värde och rationalitet* (2008).

¹⁰³ Förvisso en klyscha, men den kan ju vara sann ändå.

¹⁰⁴ Se ovan kap. 2 och nedan kap. 4.

¹⁰⁵ Se kap. 7.

3.2 Rättssociologiska utgångspunkter

Som anförts ovan är det huvudsakliga innehållet i den långa juristutbildningen vid svenska universitet att träna förmågan att finna fram till de relevanta rättsreglerna i rättssystemet och att tillämpa dessa på konkreta fall. Juridiken omfattar metoder för att tolka regelsystemets innehåll och rättsliga implikationer.¹⁰⁶ Inom rättssociologin, å sin sida, säger man sig lägga vikten vid rättens delaktighet i en större samhällelig helhet. Juridikens eller juristernas bild av rättens funktion är med detta synsätt inte den fullständiga eller riktiga. Den juridiska vetenskapen anses lämna frågorna om rättens samhälleliga och sociala betydelse därhän i stor utsträckning.¹⁰⁷ Det är vanligt att läroböcker i olika materiella ämnen vid universitetens juristutbildningar innehåller några korta meningar, eller möjligen ett par sidor, om det aktuella rättsområdets samhälleliga funktion, regelverkets historia och allmänna syften.¹⁰⁸ I särklass mest utrymme ägnas dock åt vad som uppfattas som rent juridiska spørsmål, alltså frågor om regelsystemens systematik, detaljinnehåll och tekniska frågor.¹⁰⁹ Överlag behandlas rätten som ett slutet system där man resonerar sig fram till innehållet i gällande rätt med hjälp av källor inom systemet.¹¹⁰

Rättsskäl läran framställs ofta som ett givet faktum, inte som en produkt av kulturella, sociala, politiska, historiska, språkliga eller andra faktorer. Det skapar problem i diskussioner kring rättens auktoritet och legitimitet. Som juris studerande får man sällan mer än rudimentära förklaringar till exempelvis förarbetenas betydelsefulla ställning i svensk rätt. Komparativa studier har haft en relativt marginell plats i den juridiska utbildningen och på vissa håll även inom forskningen, trots att det av sådana studier framgår uppenbara och fundamentala skillnader i dels själva regelsystemen, dels i mer metarättsliga frågor.¹¹¹ Dessa omständigheter är sedan en tid tillbaka på väg att förändras. Icke desto mindre anser jag det vara ett problem att juristutbildningen, oavsett förändringsambitioner, riskerar att fostra studenter (och

¹⁰⁶ T Mathiesen 2005 s 14.

¹⁰⁷ H Hydén, *Rättsregler: en introduktion till juridiken* (1977) s 11.

¹⁰⁸ Här avses inte den så kallade metodlitteraturen, vars syfte är att behandla juridiska arbetsmetoder och juridiskt källmaterial.

¹⁰⁹ Ett axplock från det offentligrättsliga området: Ragnemalms *Förvaltningsprocessrätt* (2007) har sex-sju sidor (av 203, dvs. 3,5% av texten) som behandlar denna typ av frågor; för Bohlins *Kommunalrättens grunder* (2007) är siffran två-tre sidor av ca 250, motsvarande 1,2%; dens., *Offentlighetsprincipen* (2007), liknande siffror; för Strömbergs *Allmän förvaltningsrätt* (2006) är siffran också snarlik. *Förvaltningsrättens grunder* (Bohlin/Warmling-Nerep 2007) har ca 20 sidor historia och allmän systematik m.m. av totalt 394, således 5%. Läroboken *Vår författning* (Holmberg & Stjernquist m.fl. 2003) är något bättre: 17 sidor av totalt 241 sidor brödtext handlar om regeringsformens funktioner och historia, alltså drygt 7%.

¹¹⁰ T Mathiesen 2005 s 20; se även J Melander & J Samuelsson, *Tolkning och tillämpning* (2003) och S Strömholm 1996.

¹¹¹ Jfr. ovan kap. 2 om rättskultur och rättens normativa djupstruktur.

sedermera verksamma jurister) med en utpräglat praktisk-teknisk syn på juridiken. Bredare perspektiv kan uppfattas som intressanta, mer sällan nyttiga eller användbara, särskilt som examinationerna i allmänhet fokuserar på problemlösande tekniker. Följaktligen studeras bl.a. rättens aktörer och institutioner endast i försumbar omfattning.¹¹²

I Sverige, och möjligen i övriga Norden, har studier av juristprofessionen och av rättens institutioner mestadels gjorts inom andra vetenskaper, såsom sociologin (med undantag av sådana studier som enbart behandlar själva rättsreglerna om till exempel domstolar, som inom processrätten). Rättssociologin har tidvis betraktats med misstänksamhet bland rättsvetare, eftersom den ibland synes ha haft en särskild (radikal) agenda, till skillnad från den förment neutrala rättsvetenskapen. Sociologiska forskningsresultat har sällan ansetts ha någon relevans för den rättsvetenskapliga forskningen. Undantag finns naturligtvis.¹¹³

Kanske delvis av samma skäl är det ovanligt med undersökningar av underdomstols- och myndighetspraxis i Sverige: den gällande rätten fastställs av de prejudicerande instanserna, och med ett formellt rättskällehierarkiskt synsätt räcker det med studier av dessa; den gällande rätten tillämpas ju sedan i underdomstolarna, antas det. Den vardagliga rätten, den som praktiseras i tusentals dagliga beslut, är sällan föremål för forskning.

På samma sätt är det en vanlig föreställning att en antagen lag automatiskt får åsyftad verkan, vilket har benämnts ”strömbrytarteorin om lagars verkningar”.¹¹⁴ Önskemål om lagstiftning framförs allt som oftast som en patentlösning på olika missförhållanden, särskilt i medierna.¹¹⁵ Detta tyder möjligen på en överdriven föreställning om vad lagstiftning kan åstadkomma; något liknande inträffar vid de tillfällen en domstol anses ha dömt fel

¹¹² Ang. juristutbildningen, se vidare kap. 6 nedan.

¹¹³ ”Frågar man sig, vad som i dessa dagar är rättsvetenskapens föremål och uppgift, kan man finna olika svar. [Olivecrona] har i ett känt uppslagsverk angivit, att rättsvetenskapens föremål är den gällande rätten och dess uppgift å ena sidan att systematiskt framställa innebörden av lagstiftning och rättspraxis och å andra sidan till ledning för de rättsvärdande myndigheterna utveckla grundsatser från de i dessa rättskällor framträdande reglernas tillämpning och komplettering. Även undersökningar av lagstiftningspolitisk innebörd höra dock till rättsvetenskapens uppgift. En annan uppfattning om rättsvetenskapen kom samtidigt till uttryck i Per Stjernquists installationsföreläsning. Den traditionella uppfattningen om rättsvetenskapens föremål och uppgift vore alltför blygsam. Den gav rättsvetenskapen en låg himmel över sitt arbete och förvisade den till att syssla med tekniska detaljfrågor utan avgörande betydelse för samhällets trivsel. Han pekade på andra forskningsområden, som röra samverkan och inverkan mellan rättsreglerna och andra faktorer i samhället, och han ser i tvärvetenskapligt samarbete mellan alla samhällsvetenskaper, rättsvetenskapen däri inbegripen, den enda möjligheten att studera samspelet inom samhällslivet.” A Nelson: *Rättsvetenskapen i dagens samhälle* (1964). Fler exempel av denna typ finns, liksom exempel på rättsvetenskapliga arbeten där sociologiskt eller annat samhällsvetenskapligt material använts, ofta på ett experimentellt vis.

¹¹⁴ T Mathiesen 2005 s 58.

¹¹⁵ T Eckhoff, citerad i T Mathiesen a.st. Se även J Samuelsson & J Melander 2003: ”Lagstiftaren tar sig för att åstadkomma bestämda samhällseffekter genom att instifta generella regler...” (s 42).

och olika självutnämnda experter eller representanter för allmänheten uttalar sig om lagens egentliga innehåll, som ofta påstås framgå ”klart och tydligt”. ”Strömbrytarteorin om lagars verkningar” är på så sätt ett uttryck för en (troligen ganska utbredd) föreställning om rätten som en verktygslåda i samhällsbygget, där statsmakterna kan använda sig av verktygen för olika åtgärder. Helt missvisande är inte den bilden, men den ger uttryck för en ganska simplistisk rättsuppfattning (och demokratiuppfattning för den delen).

För den som förfäktar en bredare syn på rättsvetenskap är det emellertid kanske mer sannolikt att studier av underrätts- och myndighetspraxis ger en mer verklighetsnära bild av rättens innehåll och funktionssätt.¹¹⁶ Detsamma torde gälla för studier om lagars verkningar, något som oftare synes genomföras av journalister och samhällsvetare än av jurister.¹¹⁷

3.2.1 *Studier av domare och domstolar*

Intresset för studier av den juridiska professionen kan sägas vakna i och med dess kraftiga tillväxt under 1800-talet. Denna tillväxt kan tillskrivas ett antal faktorer, såsom rättsstatsideologins starka ställning i de framväxande liberala demokratierna och statens allmänna expansion som skapade efterfrågan på jurister som på grund av sin utbildning var lämpliga för ett brett fält av administrativa uppgifter. Emellertid var tillväxten starkare inom den privata än inom den offentliga sektorn, vilket enligt Mathiesen berodde på det framväxande industrisamhällets behov av vad som kan kallas ”tillit under operpersonliga förhållanden”. Förekomsten av sådan tillit är avgörande för en fungerande marknadsekonomi och jurister framstår som lämpade för uppgiften, eftersom de har kunskap om och är med om att utveckla avtalsrätt och andra instrument som behövs för överblick, förutsebarhet och ordning.¹¹⁸ För domstolarnas del medförde den snabba urbaniseringen att den lokal- och personkännedom som var en viktig beståndsdel i lantdomstolarnas och de mindre stadsdomstolarnas auktoritet inte längre var för handen.

¹¹⁶ I rättvisans namn bör det väl påpekas att studier av underrätts- och myndighetspraxis är synnerligen tids- och arbetskrävande, vilket kan vara ett annat skäl till att sådana studier är så sällsynta.

¹¹⁷ Man kan naturligtvis alltid fundera på vilken verklighet det är man refererar till. Rättsdogmatikens verklighet, exempelvis, är ”själva rättssystemet som normativt system, inte det som systemet resulterar i ifråga om mänskligt handlande när dess regler tillämpas av myndigheter och enskilda. Den verkligheten studeras främst i rättssociologin.” (N Jareborg i SvJT 2004 s 9). Se J Samuelsson 2008 s 443. Som framgår på annat håll anser jag att uppdelningar i vetenskaper och vetenskapsgrenar fyller instrumentella och administrativa syften, men inte nödvändigtvis vetenskapliga. De bör i varje fall inte tillåtas resa hinder för forskningen med hänvisning till att den ena eller andra frågan hör hemma någon annanstans.

¹¹⁸ T Mathiesen 2005 s 105 f.

Det anonyma samhället krävde helt enkelt en juridisk-byråkratisk rationalitet för att kunna fungera då de traditionella förtroendebanden eroderades. Rättsregler och rättsliga institutioner har visat sig vara verkningsfulla instrument både i välfärdsstater och i utpräglat marknadsorienterade samhällen.

Det ökade inflytande för jurister och domstolar som det moderna samhället har fört med sig har blivit föremål för sociologernas intresse. Inte sällan har detta intresse varit förenat med en viss misstänksamhet. Vilket intresse företräder juristerna i allmänhet, och domarkåren i synnerhet? Gömmer de sig bakom sin föregivet neutrala juridiska fasad? Ja, skulle många sociologer svara.¹¹⁹ När intressebetonade påtryckningar från näringsliv etc. omkodas till att handla om allmänna och neutrala rättsfrågor, får synpunkterna större genomslag. Det måste emellertid inte vara något konspiratoriskt i det; genom det allmänna och neutrala, genom juridiken, fungerar juristerna som en kanal som genomströmmas av politiska och ekonomiska intressen.¹²⁰ Detta omkodningsled fungerar som legitimerande i maktens forande av rätten. Det är inte sannolikt att de politiska och ekonomiska intressena kan genomströmma kanalen utan att påverkas i någon omfattning – det skulle förutsätta att juristerna var helt opersonliga objekt snarare än aktiva subjekt. Däremot fungerar möjligen *den förment* allmänna och neutrala ”kanalen” som ett legitimerande omkodningsled för makten; men det kan lika gärna förhålla sig tvärtom, att makten så att säga ”filtreras” genom juristerna. Lagrådet är ett exempel på ett sådant ”filter”, som både rensar och legitimerar.¹²¹

Ovanstående synsätt förutsätter att man i huvudsak betraktar rätten som en produkt av och ett verktyg för makten. Så behöver emellertid inte vara fallet, även om det troligen är typiskt för ett skandinaviskt förhållningssätt till rättsregler. Rester av naturrättsliga och idealistiskt färgade idéer om rätten som ett värn mot makten, eller i alla fall om rätten som en motvikt att balansera makten med, lever alltjämt kvar och får (kanske) större betydelse i och med de mänskliga rättigheternas allt starkare positivrättsliga ställning och globala genomslag.

¹¹⁹ R Øvrelid, *Rettsikkerhet eller demokrati?* (1984) s 127, T Mathiesen 2005 s 131.

¹²⁰ Det kan framstå som egendomligt att jag nu plötsligt talar om juridiken som ”allmän och neutral”. Vad jag menar i detta sammanhang är att juridiken på ett ontologiskt plan inte i sig är bemängd med värderingar, utan måste fyllas med ett värderingsmässigt innehåll. Detta sker genom lagstiftning, rättspraxis och andra aktiva åtgärder.

¹²¹ Se exempelvis R Lavin, *Lagrådet och den offentliga rätten 1999-2001* (2001).

3.2.2 Makt och rätt i olika institutionella kontexter

Politisk påverkan av den offentliga förvaltningen ses normalt som mer legitim än politiskt inflytande över domstolarna.¹²² Förvaltningen är ett instrument för att förverkliga den exekutiva maktens politiska mål, inom konstitutionella ramar. Även om domstolarna bitvis har betraktats på samma sätt som förvaltningen i Sverige så är grundinställningen i västerländska demokratier att domstolar är oavhängiga i förhållande till den politiska makten. Det har också (i Sverige) varit ett argument för att undanhålla domstolarna exempelvis lagprövningsrätt. Man tänker sig då att domstolarna är opolitiska och att denna ställning bör skyddas från frågor som är potentiellt politiskt kontroversiella. Denna föreställning om opolitiska domstolar har möjligen bidragit till att forskningen om domare är knapphändig i Sverige. I USA finns omfattande studier av domarnas politiska bakgrund och hur detta påverkar rättskipningen och utnämningsförfarandet; även i Storbritannien studeras domarkåren flitigt.¹²³ Rättssystemen och rättskulturerna skiljer sig dock avsevärt mellan common law-system (och även internt bland dessa) och kontinentala rättsordningar.¹²⁴ I angloamerikanska rättsordningar står domarens person i centrum på ett helt annat sätt än i kontinentala, och längst i att sudda ut domarens konturer har man troligen gått i de länder som influerats av den skandinaviska realismen. Den amerikanska realismen har, å sin sida, istället betonat domarens roll i och med konstaterandet att rättens innehåll bestäms av domstolarnas avgöranden snarare än av formella regler.¹²⁵

Skillnaden mellan angloamerikanska och kontinentala rättsordningar, i vad avser domarrollen, gäller främst karriär och rekrytering. Engelska och amerikanska domare rekryteras i huvudsak bland advokater med lång yrkeserfarenhet och kan betraktas som en elit inom en i stort sett sammanhållen juridisk profession. Kontinentala domare har i allmänhet valt domarbanan som en karriär från början och denna karriär har ofta en någorlunda bestämd gång. De är mer av statliga ämbetsmän (om än speciella sådana) än sina angloamerikanska kolleger.¹²⁶

¹²² Med reservation för den särskilda förvaltningspolitiska dualismen i Sverige. Ang. denna, se bl.a. C. Andersson, *Tudelad trots allt: dualismens överlevnad i den svenska staten 1718-1987* (2004).

¹²³ Betr. amerikanska förhållanden, se bland mycket annat J.P. Dawson, *The Oracles of the Law* (1968), R.C. Dahl, *The American Judge* (1968), K.P. Griffith, *Judge Learned Hand and the Role of the Federal Judiciary* (1973), Sunstein m.fl., *Are Judges Political?* (2006), J. Toobin, *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court* (2007), G.E. White, *The American Judicial Tradition* (2007). Bland brittiska studier kan nämnas S.U. Phillips, *Ideology in the Language of Judges* (1998), K. Malleson, *The New Judiciary* (1999) och R. Stevens, *The English Judges* (2005). För en komparativ undersökning, se J. Bell, *Judiciaries within Europe* (2006).

¹²⁴ Se t.ex. P. Legrand, *Against a European Civil Code* (1997) och J. Samuelsson i ERT 1/2009.

¹²⁵ O.W. Holmes, *The Path of the Law* (1897).

¹²⁶ R. Cotterrell 1992 s 206.

Gemensamt för västerländska rättsordningar är emellertid troligen att domstolen uppfattas som en viktig arena för konfliktlösning.¹²⁷ Till detta bidrar symboler och ritualer i rättskipningen, exempelvis domstolsbyggnadernas och rättssalarnas utformning och den formella, ibland ceremoniella, konstruktionen av domstolsprocessen. Även på detta område går det tendenser och i Sverige har tendensen under många decennier varit att informalisera rättsväsendet och byråkratin. Detta har exempelvis kommit till uttryck genom att domstolarna flyttat till anonyma kontorsbyggnader eller ”rättscentra” och genom förändringar av inredningen i domstolslokalerna.¹²⁸ Även språk och förhållningssätt har undergått förändringar.¹²⁹ Sådana informaliserande tendenser är säkert led i en strävan att demokratisera och skapa tillgänglighet. De kan dock tänkas ha motsatt verkan. Det är nämligen inte säkert att symbolernas funktion är att gömma eller dölja rättens verkliga natur, snarare kan de ha till uppgift att visa och tydliggöra den. För den enskilda människan kan rätten – och domstolen som dess konkreta gestaltning – vara ett uttryck för makt i någon form (vare sig den riktas mot den enskilde eller används som verktyg av den enskilde mot överheten), och troligen lurar man ingen genom att beröva domstolen dess symboliska attribut, men det är ändå något bedrägligt över en del av försöken att få myndigheter och domstolar att framstå som ”snällare” och ofarligare än de i verkligheten är.¹³⁰

3.2.3 Rättssociologiska definitioner av domare och domstolar

Värdet av att söka ringa in en generell definition av domstolsbegreppet kan diskuteras. I rättsliga sammanhang finns ibland ett behov av att kunna avgöra om ett organ är en domstol eller ej, exempelvis i förhållande till art. 6 i Europakonventionen och rätten till domstolsprövning i olika situationer. Även internt i en rättsordning kan det finnas behov av att mera exakt utpeka vilka organ som är domstolar. Till sådana frågor återkommer jag nedan; i

¹²⁷ H Edelstam redogör i Ekelöf, *Rättegång I* (2002) s. 27-31 för två mot varandra stående synsätt gällande rättskipningens samhällsfunktion. Mot Ekelöfs syn, som starkt betonar handlingsdirigering, ställs Bengt Lindell som istället menar att konfliktlösning är rättskipningens främsta funktion. Edelstam redogör också för Per Henrik Lindbloms uppfattning som är ett slags mellanting, där både den konfliktlösande och den handlingsdirigerande funktionen betonas. Se också P.H Lindblom, *ADR – opium för rättsväsendet?* (2000) s. 53-54 som delar upp en rad namnkunniga rättsvetenskapsmän efter vilken vikt de tillskriver rättskipningens handlingsdirigerande (Hägerström, Lundstedt, Olivecrona, Ekelöf, Boman m.fl.) respektive konfliktlösande funktion (Bolding, Eckhoff, Lindell, Palmgren m.fl.).

¹²⁸ Se exempelvis K Å Modéer i SOU 1994:99, bilaga 20, s 187.

¹²⁹ O Löfgren (red): *Hej, det är från försäkeringskassan! Informaliseringen av Sverige* (1988).

¹³⁰ För ett tidstypiskt exempel på strävanden att åstadkomma ”symbolisk jämlikhet” mellan domstol och parter, se T Lagerström, *Domarn dömer! En nämndemans rapport från rättsinsans vardag* (1977).

en svensk kontext är distinktionen mellan domstol och myndighet inte alltid kristallklar.¹³¹

Här skall istället främst uppmärksammas sociologiska definitioner. Dessa kan ibland framstå som lite krystade:

A court is (i) a man or body of men (ii) with power to decide a dispute, (iii) before whom the parties or their surrogates present the facts of the dispute and cite existent, expressed, primary normative principles (in statutes, constitutions, rules, previous cases) that (iv) are applied by that man or those men, (v) who *believe* that they should listen to the presentation of facts and apply such normative principles impartially, objectively, or with detachment... and (vi) that they may so decide, and (vii) as an independent body.¹³²

Här finns några centrala element som kan vara värda att ta fasta på. Kännetecknande drag hos en domstol är således enligt Becker:

- 1) opartiskhet
- 2) ledning i rättskällor
- 3) tvistlösning (*disputes*) som existensberättigande
- 4) självständighet.

Beckers femte kriterium är intressant – det ställer upp ett krav på att domarna måste tro på den verksamhet de ägnar sig åt. Domaren måste ”internalisera” rätten, särskilt rättskulturen och djupstrukturen, och anse sig vara en del av denna.¹³³

Observera att opartiskhet och självständighet enligt Becker är skilda saker. Opartiskheten avser förhållandet till parterna; självständigheten innebär att domstolen avgör målen efter eget huvud, utan inblandning av andra instanser. Kravet på ledning i rättskällor skiljer domstolarna från medlare och andra tvistlösare.¹³⁴

En annan idealtypsdefinition ges av Martin Shapiro:

- (i) an independent judge
- (ii) applying pre-existing norms
- (iii) after adversary proceedings

¹³¹ R Lavin, *Domstol och administrativ myndighet* (1972). Se vidare kap. 5 nedan.

¹³² T.L. Becker, *Comparative Judicial Politics* (1970), s 13.

¹³³ Se ovan avsnitt 2.4.1.

¹³⁴ R Cotterrell 1992 s 207.

- (iv) to achieve a dichotomous decision in which one of the parties to the proceedings is assigned the legal right and the other is found wrong.¹³⁵

Särskilt det tredje kravet kan diskuteras utifrån ett kontinentaleuropeiskt perspektiv. Shapiro medger också att inget av hans fyra element passar in på alla rättssystem. Cotterrell å sin sida menar att de flesta försök att utkristallisera olika standardelement hos en idealtypisk domstol är problematiska, eftersom varje kriterium skapar nya frågor: för att avgöra innebörden av judiciell självständighet måste man undersöka relationen mellan statsmakt och domare både teoretiskt och med avseende på hur självständigheten i realiteten kan uppnås och vidmakthållas; för att förstå betydelsen av ett objektivitetskriterium måste domstolarnas uppgift i den politiska kontexten analyseras. Om tvistlösning skall vara ett centralt kriterium för domstolsbegreppet måste man ta hänsyn till i vilken utsträckning domstolarna faktiskt ägnar sig åt tvistlösning och i hur stor omfattning sådana uppgifter istället har lagts på (eller hamnat hos) andra organ. Och om domstolarna har en skyldighet att finna ledning i rättskällor, menar Cotterrell att man närmare måste undersöka i vilken utsträckning denna skyldighet gäller och om den är förenad med en uppgift att bidra till rättsutvecklingen och i vilken utsträckning domstolarna i sådana fall medverkar till upprätthållandet eller reproducerandet av rådande ideologi.¹³⁶

Några kriterier för bestämmandet av vad som är en domstol respektive en domare återkommer på så gott som alla håll. Såväl sociologisk och rättsvetenskaplig litteratur som traditionella rättskällor och internationella dokument framhåller, i princip enhälligt, självständighet och opartiskhet som nödvändiga egenskaper hos domstolar och domare. Innehållet i dessa båda begrepp kan däremot diskuteras.

3.2.4 Domarbeteende och domstolsorganisation

En hel del forskning har ägnats frågan om domstolarnas lämplighet för tvistlösning och dynamiken i den trepartskonstellation som domstolsprocessen utgör. Av större intresse för denna studie är emellertid undersökningar av ”judiciellt beteende” (*judicial behaviour*) och av domstolsorganisa-

¹³⁵ M Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis* (1981) s 1.

¹³⁶ R Cotterrell 1992 s 208. I marxistisk tradition betraktas rättsväsendet, ja hela rättsordningen som en del av den överbyggnad vars syfte är att rättfärdiga den rådande kapitalistiska ordningen. En sådan marxistisk syn på rättsordningen har inte saknat företrädare i Sverige (se t.ex. H Hydén, *Rätten som instrument för social förändring* (1982)). Även om man kanske inte håller med om den specifikt marxistiska analysen av rättsordningen, så har tänkesättet haft betydelse för att uppmärksamma rättens symbolplan och behovet av att studera rättens praktiska verkningar – och dess politiska implikationer.

tion. Traditionellt har studier av judiciellt beteende en stark ställning i angloamerikanska rättsordningar, dels på grund av ensamdomarens dominerande position i många processer, och dels på grund av att domare i vissa kollegiala domstolar i sådana rättsordningar avger enskilda vota som kan vara mycket utförliga. I extremfall har det inneburit ett ensidigt fokus på domarens person och bakgrund som avgörande för argumentationen och utgången i enskilda mål, och ståndpunkten att rättsreglerna i själva verket saknar eller har en underordnad betydelse vid avgörandet av mål. Renläriga marxister ser ofta domstolsavgöranden som rent politiska.¹³⁷ Föga förvånande har sådana studier gjorts av statsvetare och sociologer, ibland med ett polemiskt syfte. En mer nyanserad ståndpunkt är förstås att en mängd olika faktorer kan ha betydelse för domarens yrkesroll och för handläggningen och avgörandet av mål. Llewellyn menade exempelvis att det finns ett antal stabiliserande faktorer i judiciellt beslutsfattande som balanserar den enskilda domarens personliga åsikter och preferenser:

...influences arising from common training and experience of judges; adherence to known techniques of legal argument and legal analysis; the situation of group decision-making where – as is normally the case – an appeal is heard and decided by more than one judge; collective judicial values built into the job of being a judge – certain standards of integrity, impartiality and professional skill; and certain widespread expectations ('period style') within the legal culture of the time and place as to how judicial responsibilities are to be discharged.¹³⁸

Domaren står alltså under en sorts social, egentligen professionell, kontroll som hindrar honom eller henne från att ta beslut som är helt uppåt väggarna. Faktorer som utbildning och erfarenhet, instanssystemets korrigerande inverkan, kollegialt beslutsfattande i många fall, gemensamma professionella värderingar och rättskulturella förväntningar styr domarens agerande.¹³⁹ Dessa faktorer har förhoppningsvis en positiv inverkan, men under ogynnsamma omständigheter kan det förstås tänkas att de tvärtom styr domarens

¹³⁷ U Stridbeck i Hydén 1982. Enligt denna uppfattning är idéer om rättskänsla eller om att lagens syfte skulle kunna vara skydd mot övermakten, i stil med de formuleringar som kommer till uttryck i de medeltida landskapslagarna eller Olai Petri domarregler, "inget annat än propaganda-formler och agitatoriskt svammel... lagarna var istället skapade av den feodala överklassen och gynnade enbart dess intressen." I västvärlden gömmer sig rätten bakom symbolerna; i Kina och Iran avpolitiserar man inte rätten genom nyttjande av symboler, utan rätt och politisk makt är ett "rätten manifesteras på realplanet". A.a.s. 88-90. Även J Dahlberg-Larsen i samma bok s 75. – Ett nutida exempel på en situation som, enligt anhängarna, skulle bekräfta denna uppfattning är det rättsliga efterspelet till de s.k. Göteborgskravallerna 2001. Se t.ex. E Wijk, *Orätt. Rättsröten efter Göteborgskravallerna* (2003).

¹³⁸ R Cotterrell 1992 s 219.

beteende i negativ riktning (till exempel om det är kutym bland domare att ta mutor).

Domstolarnas organisation och arbetsförhållanden kan också ha betydelse för det judiciella beteendet. Sådant som domstolsbyggnadernas utseende, rättegångssalarnas och tjänsterummens utformning och tillgången till administrativt stöd och juridiskt utredningsbiträde kan vara relevant för frågan om hur handläggningen går till och hur avgöranden nås. I vilken utsträckning interagerar domarna med annan personal och med varandra? Är interaktionen av formell (skriftlig) eller informell (fikaummet) karaktär? Är domarkulturen utpräglad kollegial eller mer individualistisk? I kollegiala domstolar har sannolikt den sociala dynamiken domarna emellan, exempelvis vilken domare som tillmäts störst auktoritet, betydelse för argumentation och utgång av ett mål. Ordförandens roll kan också variera. Synen på dissens kan variera mellan olika nationella judiciella kulturer och mellan olika domstolstyper i samma kultur. I domstolar med olika kategorier av domare kan överordnade utöva ett informellt inflytande på yngre eller underordnade kolleger. Sverige är ett ganska typiskt exempel, eftersom den starkt formaliserade domarkarriären med olika trappsteg, där ”lärlingen” är beroende av betygen hos överordnade, har starka konformistiska incitament inbyggda. Därmed inte sagt att verkligheten ser ut så – det kan finnas faktorer som motverkar konformism; exempelvis är omröstningsreglerna i rättegångsbalken utformade för att motverka sådan otillbörlig följsamhet.¹⁴⁰

3.2.5 *Sammanfattning*

Juridisk utbildning i Sverige är tekniskt präglad. Förmågan att lösa problem står i centrum, medan problematisering av rättens innehåll och systematik har en mer marginell betydelse. Vissa förändringar kan skönjas under senare år.¹⁴¹ Eftersom utbildningen har en avgörande betydelse för de blivande juristernas uppfattning om rätten, är det sannolikt att verksamma jurister – bland dem domare – i stor utsträckning själva omfattar en sådan praktisk-teknisk syn på juridiken. Denna syn på rätten är en del av vår rättskultur, och den ger återverkningar på den professionella kulturen hos bland annat domare.¹⁴²

I den skandinaviska, och särskilt den svenska, rättskulturen har domarens person haft en undanskymd roll. Istället har institutionerna, domstolarna, stått i centrum för forskning och diskussion kring dem dömande makten. Liknande tendenser finns i övriga kontinentala Europa, medan i anglosaxis-

¹⁴⁰ Yngst röstar först m.m., RB 29 kap.

¹⁴¹ Se även kap. 6 nedan.

¹⁴² Se även kap. 7 nedan.

ka länder domaren och domarkåren varit föremål för åtskillig uppmärksamhet i forskningen. Mellan de kontinentala och anglosaxiska rättskulturerna finns skillnader avseende domarrekrutering och karriär. Kontinentala domare, till vilka jag i detta avseende räknar de svenska, är karriärdomare som oftast har valt yrket tidigt; de anglosaxiska domarna hämtas oftast från advokatåren. Trots denna skillnad är de teoretiska kriterierna för vad som skall betraktas som en domstol eller en domare gemensamt på de flesta håll. Självständighet och opartiskhet är begrepp som återkommer överallt, även om innehållet i begreppen kan diskuteras.

Studier av juristprofessionen har varit fåtaliga i Sverige. De sociologiska studier som har gjorts har endast i begränsad omfattning kunnat omfatta de rättskulturella aspekterna av domarnas professionella situation. Möjligen hänger detta ihop med en i vissa avseenden förenklad rättsuppfattning bland icke-jurister: rätten antas vara mindre komplex än vad den i själva verket är. För en sociolog ligger det nära till hands att förklara juristprofessionens framväxt med förändringar i det omgivande samhället, exempelvis behovet av "tillit under opersonliga förhållanden".¹⁴³ Professionens framväxt ledde till ökad makt för juristerna, särskilt domarna, som grupp, en utveckling som har betraktats med viss misstänksamhet från sociologiskt håll; inte sällan har sådan forskning inspirerats av en marxistisk samhällssyn som tidvis varit inflytelserik. Som vi skall se i följande avsnitt finns dock anledning att undersöka en motsatt tendens inom domarprofessionen, som kan nyansera bilden av en mäktig yrkeskår med dolda agendor. Det gäller den professionella kulturen och angreppen mot den professionella autonomin från skilda håll.

3.3 Sociologi och professionsteori

3.3.1 Allmänt om professionsteori

Professionsbegreppet hänger ihop med yrke och yrkesmässighet. Latinets *professio* betyder erkännande, uppgift eller yrke. Engelskans *profession* är ett yrke, i synnerhet ett yrke med högre utbildning men också en yrkeskår; *professional* betyder yrkesmässig, fackutbildad, akademiskt utbildad, yrkesmässig utövare av vissa sportgrenar, eller utövare av ett "fritt yrke". Liknande inne-

¹⁴³ Se 3.2.1 ovan och jfr även med avsnitt 2.5 ovan ang. rättskipningens roll som den offentliga sfärens ryggrad och "offentlig vänskap".

börder, dock med betoning på de fria yrkena, tjänstemannayrken eller hantverk, finns inom de franska och tyska språken.¹⁴⁴

Eftersom vardagsspråkets innebörder varierar har professionsbegreppet varit föremål för mer specifika bestämningar inom ramen för olika teoretiska tankeramar. Härvid har olika forskare gått tillväga på olika sätt och betonat skilda sidor av professionsbegreppet. Selander betonar tre huvudsakliga forskningsinriktningar: den essentialistiska, den marxistiska och den weberianska.¹⁴⁵

Den första av dessa benämns den "essentialistiska" inriktningen, ett angreppssätt som dominerade mellan 1930- och 1970-talen. Denna forskning går främst ut på att skilja de professionella från andra yrkesgrupper. För att göra detta ställer man upp ett antal kriterier på vad som kännetecknar en profession. I allmänhet har man då utgått ifrån en anglosaxisk historisk kontext där professionerna kännetecknats av att de etablerat sig på marknaden som fria företagare som tar uppdrag av klienter. De kan alltså skiljas från tjänstemän som befinner sig i ett anställningsförhållande. Advokater och läkare är typiska för detta professionsbegrepp. Ett problem med denna bestämning är dels att den är begränsad till en anglosaxisk kulturkrets, dels att den blir ganska begränsad och tar hänsyn till ett mycket snävt urval kriterier. Utbildning och yrkesetik faller exempelvis utanför denna modell.

Inom den essentialistiska tankeriktningen har ett annat sätt att definiera professioner presenterats av Greenwood. Professioner kännetecknas av att den har systematisk teori, auktoritet, samhällelig sanktion, etiska regler och en egen kultur. Även med denna bestämning uppstår problem beträffande vissa professioner, enligt Selander med advokater avseende kravet på systematisk teori och med ingenjörer avseende etik-kriteriet. Ytterligare ett klassiskt sätt att ställa upp professionskriterier har ställts upp av Parsons. Enligt denne kännetecknas en profession av känslomässig neutralitet, likabehandling av klienter, att arbetet utförs till kollektivets bästa, att endast den specifika sakfrågan beaktas (funktionell specificitet) – exempelvis rättsfrågan för advokaten, samt att den professionelle har fått sitt yrke genom förvärvad kompetens och inte genom arv.

Sammantaget har de essentialistiska modellerna en i huvudsak positiv eller neutral uppfattning om professionerna, vilka uppfattas som åtminstone delvis oegennyttiga. Senare professionsforskning har problematiserat professionerna och snarare betraktat dem som ett demokratiskt problem eller i vart fall som särintressen med egen agenda, vilkas syfte främst har varit att slå vakt om hävdvunna privilegier. Denna kritik mot professionerna har kommit att riktas såväl utifrån ett marxistiskt klassanalysperspektiv som weberianska gruppintressemodeller och ett mer marknadsorienterat konkur-

¹⁴⁴ S Selander (red.), *Kampen om yrkesutövning, status och kunskap* (1989).

¹⁴⁵ S Selander 1989 s 14 ff.

renstänkande. Marxisterna menar härvid att professionaliseringssträvanden är ett uttryck för kamp inom mellanskiktet om makt och inflytande över arbetsområden, medan weberianerna betonar utbildnings- och yrkesmässiga gruppintressen.¹⁴⁶

Både de nymarxistiska och de nyweberianska idéerna är emellertid essentialistiska såtillvida att de ganska snävt betonar varsin kritisk aspekt på professionerna. För marxisterna är det klassintresset, för weberianerna är det exklusions- och stängningsstrategier med syftet att monopolisera vissa verksamheter. På så sätt kan professionerna liknas vid moderna skrån. Professionerna eftersträvar "closure" genom krav på viss utbildning, legitimation eller formaliserade karriärvägar. Vissa teoretiker menar att avgränsningen avser att skydda ett faktiskt yrkeskunnande, andra att professionerna främst skyddar sitt symboliska värde i form av social status.¹⁴⁷

I svensk forskning kring professioner har den professionella kunskapens roll betonats av flera. Torstendahl betonar professionernas problemlösande funktion: andra än de professionella själva, såsom klienter eller arbetsgivare (här omfattar de professionella alltså även anställda tjänstemän), presenterar problem för lösning och de professionella får på så sätt en typisk konsult- eller expertroll. En viktig skillnad gentemot den anglosaxiskt dominerade professionaliseringsforskningen är de offentligt anställda experternas roll: man kan ibland tala om kontinental professionalisering "uppifrån" jämförd med den anglosaxiska professionaliseringen "nerifrån" genom främst privatpraktiserande experter.¹⁴⁸ Om man vill betrakta domare som en profession, blir parallellen tydlig. Angloamerikanska domare rekryteras bland privatpraktiserande professionella jurister, kontinentala domare är antingen en sluten yrkesgrupp eller rekryteras främst bland offentliganställda professionella jurister. Statens roll är överlag viktig för professionernas status: om professionalisering inte bara relateras till teoretisk kunskap utan även till examination och inträde i professioner får man en "interaktiv triangel mellan stat, institutionaliserad högre utbildning och 'profession'", enligt Torstendahl.¹⁴⁹

De senaste decennierna har visat ett uppsving för "professionalistiska" anspråk hos allt fler yrkesgrupper, vilket har kommit till uttryck i en mer ut-

¹⁴⁶ Å st.

¹⁴⁷ En del menar att kunskapssystemen i första hand fungerar som föremål för rituell vördnad. Professionalism är enligt detta synsätt en modern motsvarighet till primitiv och feodal usurpation av funktioner som kunde ställa krav på vördnad. Se Selander i Selander (red.) 1989 s 17 och R Torstendahl i samma bok s 25. För juristernas del kan man kanske tänka sig att professionen åtminstone i äldre tid kunde dra nytta av rättens mystiska och vördnadsbjudande ursprung; detta gav professionen särskild legitimitet. Jfr B Rolf, *Profession, tradition och tyst kunskap* (1995) s 144 f (Hobsbawms förväxling av påhittade och verkliga traditioner), som menar att tradition och nytta inte alls behöver utesluta varandra utan att traditionen tvärtom kan vara högst nyttig.

¹⁴⁸ R Torstendahl s 32.

¹⁴⁹ R Torstendahl s 33.

bredd användning av professionsbegreppet och att allt fler yrkesutbildningar tillerkänts högskolestatus. Professionalisering har särskilt sammankopplats med akademisering och fler yrken än tidigare söker förankra sin identitet vetenskapligt och knyta den till forskningen.¹⁵⁰ Detta har föranlett debatt i skilda fora. Skiljelinjen verkar alltjämt gå mellan de som menar att professionella anspråk framför allt är ett uttryck för maktanspråk snarare än kvalitet, och andra som har en mer positiv syn på professionaliseringens möjligheter att säkerställa vetenskapliga och professionella förhållningssätt.¹⁵¹ Man kan naturligtvis fråga sig i vilken mån ”förvetenskapligandet” av tidigare yrkeskonkreta utbildningar tillför professionalism eller professionell status eller om det främst är fråga om en symbolisk verkan.¹⁵²

Teoretiskt kan professionalismens eventuella renässans kopplas till föreställningen om ett skifte från industri- till kunskapssamhälle. Paradoxalt innebär detta skifte att kunskap och professionell expertis samtidigt blir generisk och exklusiv; en del kunskapsintensiva yrken proletariseras, medan andra kan se fram emot ökad status och inflytande. För samtidigt som kunskap och tjänsteindustri växer sig starkare, blir också kampen om kontroll över kunskapen och de yrkesgrupper som besitter den allt starkare. Det är bland annat i detta perspektiv som man bör se framväxten av *New Public Management*¹⁵³ och andra strävanden att kontrollera, mäta och utvärdera resultat i kunskapsintensiv verksamhet. Grupper som inte förmår slå vakt om och behärska sitt eget kunskapsområde kommer ohjälpligt att tappa i professionell status. Det har exempelvis hänt beträffande lärare i grundskola och gymnasium, ett område som blivit föremål för allt mer ingående reglering och inflytande från andra än lärarna själva.¹⁵⁴ Andra grupper är också hotade. Som kommer att framgå är det emellertid min uppfattning att jurister – särskilt domare – i viss utsträckning är skyddade genom den autonomi som professionen åtnjuter och som i sig troligen är en förutsättning för yrkesgruppens existens och för den liberala rättsstatens funktion.

¹⁵⁰ Lärare och sjuksköterskor är tydliga exempel. Både pedagogik och vårdvetenskap har fått en starkt ökad betydelse i respektive yrkesutbildning.

¹⁵¹ Se exempelvis debatten mellan Mats Alvesson och Lennart G Svensson i Universitetsläraren nr 14 och 17 2006.

¹⁵² S Selander 1989 s 17.

¹⁵³ Ang. detta begrepp, se R Almqvist 2006, *New Public Management* och kap. 6 nedan.

¹⁵⁴ Se ang. detta exempelvis N Stenlås: *Att styra genom professioner: Utbildningsreformernas effekter på lärarkåren*. Expertgruppen för studier i offentlig ekonomi, 2009 (kommande).

3.3.2 *Alternativa sätt att kategorisera professioner*

Professionsteori får, som vi sett ovan, lätt en sorterande funktion. Men professioner måste inte kategoriseras utifrån olika yrken. Thomas Brante¹⁵⁵ har presenterat en modell med professionstyper, dvs. kategorisering och analys utifrån professionernas ”objektiva materiella villkor”. Detta kan till exempel vara den verksamhetsform professionen verkar i (privatpraktiserande/offentliganställd) och vilka syften denna har (vinstsyfte/offentlig service/ideell organisation).

Brante urskiljer preliminärt fyra professionstyper, och samma yrke (till exempel juristens) kan vara representerat i samtliga (exemplen är mina):

- 1) ”fria” professioner (advokaten)
- 2) klassiska akademiska professioner (forskande och undervisande jurist)
- 3) (välfärds)statens professioner (förvaltningsjurist i vid mening)
- 4) kapitalets professioner (affärs-/bolagsjurist)

”Fria” professioner är den klassiska typen av profession i enlighet med framför allt anglosaxisk teori. Dessa är riktade mot marknaden och styrs av ”den traditionella småbourgeoisins rationalitet”. Akademiska professioner styrs av vetenskapssamhällets rationalitet och kan i vissa avseenden liknas vid munkordnar.¹⁵⁶ Kapitalets professioner är enligt Brante ”underställda kapitalets allmänna överlevnadsvillkor” och därmed ytterst inriktade mot ökad ”profit”. Dessa objektiva villkor ger enligt Brante upphov till olika typer av rationalitet. En offentliganställd, exempelvis, antas då generellt ha ett intresse av att försvara den offentliga sektorn.

Även om man på detta sätt kan skilja olika professionstyper åt, torde professionsbegreppet vara fränkopplat en bestämd arbetsgivarrelation. Enligt Hellberg innebär professionsbegreppet som sådant snarare en bestämning av ett visst kunnande, som i princip kan tillämpas oberoende av vissa bestämda avnämjarrelationer. Normalt gäller dock att en viss form eller formkombination dominerar för varje profession.¹⁵⁷

3.3.3 *Närmare om kunskapens betydelse och innebörd*

Formell kunskap och akademiska examina har i allmänhet en viktig roll i formandet av en profession. Sådana kriterier har dessutom betydelse när det

¹⁵⁵ T Brante, *Sociologiska föreställningar om professionella* (1987) s 41-43.

¹⁵⁶ T Brante 1987 s 44. Men man kan förstås fråga sig om de i dagens läge håller på att förlora en del av sin egen karaktär och bli mer av en statlig profession.

¹⁵⁷ I Hellberg, *Professionalisering och modernisering* (1991) s 20.

gäller att skapa inträdeströsklar ("closure", "stängning") till olika professioner. Formaliseringen förverkligas genom att kunskapen institutionaliseras, det vill säga att tillägnandet av kunskapssystemen organiseras i slutna institutioner. Det innebär att ett *faktiskt* tillägnande av ett kunskapssystem inte räcker för tillträde till en professionell position, utan endast de som har tillägnat sig kunskapen på det sätt professionen institutionaliserat den, kan göra anspråk på den aktuella professionella positionen.¹⁵⁸

Men professionell kunskap kan inte vara uteslutande akademisk. Rollen som professionell har alltid en praktisk eller hantverksmässig dimension som uttrycker kunskapens praktiska tillämpning; det gäller även "professionen" akademiska forskare, som måste öva sig i vetenskapens metod, något som inte uteslutande går att läsa sig till. För juristers del brukar man tala om "det juridiska hantverket" eller "juridisk metod". Sådan kunskap måste till viss del tillägnas genom övning snarare än studier. Det hänger ihop med att förståelse och kunskap inte är alltigenom språklig.

Polanyi förnekar bestämt att en vetenskaplig tradition kan uttömmas av sina skrivna verk. Även om skriftlig kommunikation kan förmedla en del av traditionens vetande kan dess hantverksmässiga sida inte förmedlas genom skrift. Polanyis träning som medicinare och kemist har lärt honom att yrkets hantverkssida är nödvändig för praktisk framgång. Hantverket kan, menar han, förvärfvas endast i personlig kontakt med en mästare inom traditionen. Hos Polanyi påverkas tolkningens regler av kulturens mänskliga bärare. Hos Polanyi måste alltid det traderade förstås som en mänsklig livsyttring, bunden till de människor som använder kulturen.¹⁵⁹

Denna syn på kunskap ligger bakom karriärstrukturen hos flera klassiska professioner och särskilt kommer det till uttryck genom kravet på professionell handledning *efter* de akademiska studierna. Typiska exempel är läkares AT-tjänstgöring, juristers notariemeritering, präst- och lärarkandidaters praktikperioder, kravet på arbetslivserfarenhet under handledning för att vinna tillträde till advokatsamfundet och den formella hierarkin inom domarbanan, som bygger på gradvis ökat ansvar under överinseende av seniora personer i professionen. Sådana strukturer bygger på övertygelsen om att det finns aspekter av professionen som inte går att läsa sig till. Detta kan lätt uppfattas som en banal observation; samma sak gäller ju helt uppenbart inom exempelvis hantverksyrken. Det intressanta med de professioner som kräver akademisk utbildning är emellertid *kombinationen* av krav på teoretisk utbildning och praktisk erfarenhet, förvärvad genom övning.

¹⁵⁸ I Hellberg 1991 s 16.

¹⁵⁹ B Rolf 1995 s 137.

3.3.4 Normativa ledstjärnor för statens professioner

Statens professioner är, enligt Brante, i första hand serviceorgan till stat och kommun. Intressant nog innebär detta enligt Brante att de ”principiellt sett [är] underställda de värden som uttrycks i socialtjänstlagen”.¹⁶⁰ Tittar man närmare på vilka värden som uttrycks i portalparagrafen till denna lag finner man följande:

Samhällets socialtjänst skall på demokratis och solidaritetens grund främja människornas

- ekonomiska och sociala trygghet,
- jämlikhet i levnadsvillkor,
- aktiva deltagande i samhällslivet.

Socialtjänsten skall under hänsynstagande till människans ansvar för sin och andras sociala situation inriktas på att frigöra och utveckla enskildas och grupperns egna resurser.

Verksamheten skall bygga på respekt för människornas självbestämmanderätt och integritet.¹⁶¹

Man kan fråga sig varför Brante har valt just socialtjänstlagen (SoL) som modellag för offentlig verksamhet. Kanske har det att göra med ett visst fokus på välfärdsstaten och dess professioner. Man kan jämföra med annan lagstiftning. I detta arbete i konstitutionell rätt faller det sig mest naturligt att läsa i regeringsformen, som dessutom åtnjuter en tyngre auktoritet i egen-skap av grundlag:

Den offentliga makten utövas under lagarna. (RF 1:1 st 3)

Den offentliga makten skall utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och integritet.

Den enskildes personliga, ekonomiska och kulturella välfärd skall vara grundläggande mål för den offentliga verksamheten. Det skall särskilt åligga det allmänna att trygga rätten till hälsa, arbete, bostad och utbildning samt att verka för social omsorg och trygghet. (RF 1:2 st 1-2)

Domstolar och förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör uppgifter inom den offentliga förvaltningen skall i sin verksamhet beakta allas likhet inför lagen samt iakttaga saklighet och opartiskhet. (RF 1:9)

¹⁶⁰ T Brante a st.

¹⁶¹ Socialtjänstlagen (2001:453). Lydelsen enligt 1980 års socialtjänstlag (1980:620), som Brante åsyftar, är densamma.

Konstitutionellt tillkommer regler om medborgerliga fri- och rättigheter i regeringsformens andra kapitel, i tryckfrihetsförordningen och i Europakonventionen, samt regler om förvaltning och rättskipning i RF 11 kap, vilka kan ha normerande verkan på de statliga professionerna och vilka dessa är ”principiellt underställda”. Detsamma gäller vanliga lagar såsom LOA och BrB. Troligen är de senare lagarnas normerande verkan starkare än socialtjänstlagens.

I själva verket torde väl ”offentliga professioner” passa bättre som samlingsbegrepp än ”statens professioner”. Större delen av de mer välfärdsinriktade professionerna (lärare, läkare, socialsekreterare med flera) sorterar organisatoriskt under kommun eller landsting. Professioner som har att göra med statens våldsmonopol är däremot underställda staten (polis, åklagare, domare med flera).

3.3.5 *Juristprofessionen*

För svenska juristers vidkommande har den professionella konjunkturpendeln svängt fram och tillbaka från 1800-talets slut fram till nu. Från att under 1800-talet närmast ha haft monopol på statliga tjänster i en byråkrati som huvudsakligen utövade normativa plikter och andra uppgifter med juridisk anknytning, fick juristerna en bit in på förra seklet konkurrens av andra yrkesgrupper. Domarkåren utgjorde en kärngrupp bland juristerna. Under inverkan av den skandinaviska realismen och välfärdsstatens framväxt ändrade även domarkåren skepnad. Idealistiska, domarcentrerade rättsstatsideal fick vika för ett mer sociotekniskt präglad byråkratideal i vissa avseenden, åtminstone retoriskt.¹⁶² Under sent 1900-tal har pendeln möjligen åter svängt mot ett mer klassiskt domarideal. I andra avseenden, särskilt avseende advokatycket, har en del anglosaxiskt inflytande gjort sig gällande. Men det är ett problem att den största delen av forskningen kring juridiska professioner är inriktade på anglosaxiska förhållanden. Till skillnad från i anglosaxiska länder har den juridiska professionen i Sverige alltid varit starkt knuten till staten, även i jämförelse med kontinentaleuropeiska länder. Det dröjde exempelvis länge innan advokatycket vann erkännande och fasta former i Sverige.¹⁶³

Frågan är alltså hur den juridiska professionen i Sverige skall identifieras och särskiljas. Formellt är det ganska enkelt: den juridiska professionen består av den grupp människor som tagit juris kandidatexamen vid något av

¹⁶² K Å Modéer i SOU 1994:99, del B, s 184.

¹⁶³ Sveriges advokatsamfund grundades på enskilt initiativ 1887 men fick officiell status först i och med den nya rättegångsbalkens ikraftträdande 1948.

landets universitet. Bara detta kriterium har numera komplicerats av framväxten av alternativa ”affärsjuridiska” eller ”rättsvetenskapliga” utbildningar, som visserligen än så länge inte ger samma formella behörighet som den traditionella juristutbildningen men ändå börjar göra bilden av juristkåren något mer mångfasetterad.

Emellertid arbetar inte alla med jur. kand.-examen med juridiska arbetsuppgifter, trots att utbildningen alltjämt har en ganska stark inriktning mot traditionella juristyrken som domare, åklagare eller advokat. Jurister kan arbeta med administrativa uppgifter eller inom affärslivet – eller med något helt annat. Tillhör de i så fall juristprofessionen?

Min utgångspunkt är att så är fallet. Jur. kand.-examen har en starkt socialiserande verkan i Sverige, både genom utbildningen som sådan och genom examenstiteln. Sannolikt finns en viss kollegial gemenskap mellan personer med en sådan examen oavsett yrkesverksamhet. Det innebär också att den kollegiala identifikationen är ännu starkare mellan personer som visserligen ägnar sig åt olika yrkeskarriärer, men som befinner sig i det juridiska yrkeslivets mittfåra av traditionella juristyrken. En förklaring till detta kan vara den starkt reglerade jur. kand.-utbildningen, som länge har haft i princip samma innehåll vid det fåtal lärosäten den har getts. Läroböcker och kursplaner kan vara desamma eller snarlika, vilket ger gemensamma referenspunkter. Examenstiteln ger formell behörighet till vissa yrkeskarriärer och utgör en sorts kvalitetsstämpel. Den omfattande användningen av betyg som urvalsinstrument, både under utbildningen och en bra bit in i vissa delar av yrkeslivet, är ännu starka. Tvåskarriärutbildningen är också en viktig faktor. Det är också en viktig faktor att de som har en jur. kand.-examen ofta har en bra bit in i vissa delar av yrkeslivet, vilket gör att de ofta har en bra bit in i vissa delar av yrkeslivet.

ter. Alltjämt är lönevillkoren bättre i den privata sektorn, men de offentliga arbetsgivarna kan konkurrera med andra arbetsvillkor och arbetsuppgifter. För den som är intresserad av konstitutionell rätt och en del andra specialiteter finns dessutom få arbetstillfällen i det privata näringslivet.

Med detta sagt är det sannolikt ändå så att det finns spänningar mellan olika kategorier av jurister och att de kanske dessutom i en del avseenden är på väg att öka. Troligen är konflikten mer tydlig inom varje professionell delsektor än mellan dem; det vill säga, konkurrensen och spänningen är större bland gruppen affärsjurister (vem blir delägare, vem åker ut?) och inom gruppen domare, departementstjänstemän med flera offentliganställda jurister än mellan dessa två grupper. Specialiseringen har medfört att även om gruppen affärsjurister och gruppen domare etc. tillhör samma profession i vid mening, så konkurrerar de sällan på samma marknad.

3.3.6 *Juristernas marginalisering?*

I ett par sociologiska studier från 1980- och 90-talen hävdades att juristprofessionen var på väg att marginaliseras.¹⁶⁵ Enligt Bertilsson var ett vanligt antagande i diskussionen om juristprofessionen och dess utveckling i det moderna samhället, att ju mindre utvecklat och differentierat ett samhälle är, desto mer central och omfattande är juristprofessionens sociala roll. Hon gjorde därvid en jämförelse mellan norra och södra Italien, som visade att betydligt fler av de italienska juristerna kom från södern jämfört med det mer socialt differentierade norra Italien.¹⁶⁶ Föreställningen om en marginalisering kommer sig också av en relativ stagnation i professionens tillväxt jämfört med den kraftiga expansion som juristprofessionen erfor under industrialiseringsprocessen. Istället hade flera andra professioner, speciellt av välfärdsstatskaraktär, expanderat kraftigt under 1900-talet. Under 1980-talet föreföll särskilt domarbanan ha tappat avsevärt i attraktionskraft.¹⁶⁷

Det var emellertid inte bara kvantitativa faktorer i juristprofessionen som verkade tala för en marginaliserad juristkår. Förändringar av samhället och av rättens karaktär föreföll också peka mot en ny fas i utvecklingen. Förrättsligandet av det moderna samhället hade, kanske paradoxalt, lett till en politisering av rätten. Den var inte längre en ("skenbart") överpolitisk garant för individens rättigheter utan fastmer ett politiskt instrument för att förändra den sociala strukturen. Påståendet, som backas upp av ett antal

¹⁶⁵ M Bertilsson, *Juristerna i välfärdsstaten* i Selander 1989, M Bertilsson m.fl., *Rätten i förvandling* (1995), L Ryberg 1988, K Andenæs, *Domstolene – statsmakt på nedtur* (1985).

¹⁶⁶ M Bertilsson i Selander 1989 s 147 f.

¹⁶⁷ Bertilsson sökte visa detta genom att påvisa att domarna klagade över den ständigt ökande arbetsbördan, något som i sig motsäger tesen om juristernas marginalisering – uppenbarligen saknades inte efterfrågan på domarnas expertis eller kompetens! M Bertilsson a.a.s. 151.

namnkunniga referenser,¹⁶⁸ får anses vara betecknande för den (över)mogna välfärdsstatens rättsrealism och, medges, sannolikt till viss del överensstämmande med den juridiska och professionella situationen under en stor del av 1900-talet. Rättsliga och politiska omständigheter kan ha medfört en marginalisering av särskilt domarkåren.¹⁶⁹

Till detta kommer en samhällsvetenskaplig tendens under 1900-talet som hänger ihop med rättspositivismen. Den tyske sociologen Luhmann formulerade det som att rättens positivering löper parallellt med värdenas subjektivering och ideologisering. Det skulle rentav vara fråga om ett evolutionärt steg i det moderna samhällets fortgående differentiering och modernisering, och en naturlig följd av rättsrealismens uppgörelse med äldre tiders ”normativa rättssyn”.¹⁷⁰ Rättens och juristernas monopol på konfliktlösning skulle upplösas på grund av förhandlingslösningar och instrumentalisering av rätten; detta skulle enligt Bertilsson komma att innebära att det prognostiska vetenskapsintresset skulle komma att konkurrera med det traditionellt rättsliga:

Juristerna är inte utbildade i de empiriska vetenskaperna; de moderna och på vetenskap grundade rättskällorna (utanför lagtexten) ligger inte inom ramen för deras kompetens. Domsutsagor som är resultatet av att det vetenskapliga prognostiska intresset gjort sig gällande kan inte göras till föremål för moralisk värdering; de är inte längre riktiga eller oriktiga utan sanna eller falska.¹⁷¹

Ovanstående utsaga framstår närmast som ett superpositivistiskt utslag av drömmen om vetenskaplig perfektion i samhällslivets alla delar. För att anknyta till inledningen av detta kapitel framstår det dessutom som ohyggligt naivt – ja närmast otäckt endimensionellt – att inbilla sig att rätten kan formas av en enda omständighet, vare sig det handlar om politik, ”traditionella rättskällor” eller – ännu värre – ”vetenskap”. Vetenskapsmän, vare sig de nu är jurister eller samhällsvetare, förefaller ha svårt att förhålla sig till en komplex och svårfångad verklighet på detta område; man kan väl åtminstone kosta på sig att erkänna detta istället för att låsa in sig i hopplösa modeller. Följande citat kan illustrera vilken människosyn som var typisk för vad man skulle kunna kalla den ”scientistiska” tidsåldern:

¹⁶⁸ Bl.a. S Strömholm, *Motströms och medströms* (1985).

¹⁶⁹ Exempelvis 1974 års RF med förarbeten samt förändrade anställningsförhållanden m.m., vilka behandlats i kap. 5.

¹⁷⁰ M Bertilsson i Selander 1989. Hur rätten skulle kunna vara ”icke-normativ” har jag dock lite svårt att begripa. Är den inte normativ i någon mening, så är den inte rätt och upplöses. Men det kanske är detta som är poängen? Vad kommer då istället? Kanske vetenskap...?

¹⁷¹ M Bertilsson i Selander 1989 s 163. Jfr. J Samuelsson 2008 s 239 ff.

Människan hade att acceptera sin roll som en lojal och regelföljande medarbetare i de stora systemen om hon skulle bli en fungerande istället för hotande, störande och icke önskvärd medlem av organisationen i fråga. [...] Dessa olika tankegångar, som betonade hur människans beteende kunde kartläggas och kontrolleras, var på många sätt uttryck för en optimistisk syn på samhällets utveckling och möjligheten att styra det samma. Det var samhällsingenjörernas förlovade tid, då eliter och experter med vetenskapens hjälp – från beteendevetenskap till psykokirurgi – skulle forma samhället och människorna i enlighet med rationella imperativ, då vetenskapen förväntades kunna ersätta vad som polemiskt kallades den politiska röran och de ideologiska illusionerna.¹⁷²

Frånvaron av aktivt subjekt, kännetecknande för denna typ av människosyn, ligger också bakom idén om domaren som en mekanisk tillämpare av rättsregler. Jag förfäktar ett annorlunda synsätt: det är domarens subjekt som är rättsäkerhetens främsta garanti. Den instrumentella rättssynen och deterministiska människosynen frångår rätten dess humanistiska dimension.

Den instrumentella syn på rätten som förefaller ha frodats under välfärdsstatens glansdagar må ha framstått som synnerligen demokratisk i sin anhängares ögon; den kollektivt grundade statsviljan (resultatet av en nödvändig kompromiss av ett antal skilda intressen)¹⁷³ som fortplantar sig genom samhällskroppen i syfte att forma samhället (och individen?). I själva verket är den ett utslag av ett starkt antihumanistiskt, rentav totalitärt förhållningssätt utan tidigare motsvarighet i rätten och som i Sverige bland annat urartat i rasbiologi som och steriliseringskampanjer. Tyvärr har (medicinsk) professionell integritet i de sammanhangen inte visat sig vara ett skydd mot övergrepp i någon större omfattning; detsamma gäller juristernas roll i Nazityskland eller för den delen DDR, vilka även de präglades av ett instrumentellt synsätt på rätten. Det ligger nära till hands att slå fast att en instrumentell rättssyn passar väl ihop med totalitära politiska anspråk och kan minska rättsväsendets förmåga att stå emot inhumana förändringar av rättsordningen.

En teknokratisk människosyn är inte förenlig med rättsstatliga värderingar. Lyckligtvis har en sådan människosyn inte lämnat särskilt uppenbara avtryck i rättsordningen, mer än i subtila krav på underordning – exempelvis i form av bristande rättsskydd på förvaltningsrättens område eller då rättssäkerheten offrats på effektivitetens eller ändamålsenlighetens altare i någon proposition från 70-talet. Den statsnytt- och effektivitetsinriktning som präglat svensk förvaltningspolitik sedan 1600-talet fick i 1900-talets funktionalistiska miljö en utmärkt jordmån för fortsatt tillväxt.¹⁷⁴

¹⁷² B Holmqvist, *"Individens tidsålder är förbi"* Några nedslag i femtiotalets människosyn (2004), s 8 f.

¹⁷³ M Bertilsson i Selander 1989 s 161.

¹⁷⁴ Se även kap. 4 och 8.

3.3.7 *Juristernas revansch*

Antagandena om juristprofessionens marginalisering i Sverige¹⁷⁵ konfronterades ganska snart med en förändrad verklighet under 1990-talet. Intresset för rättsvetenskap och konstitutionella frågor växte då närmast explosionsartat, vilket Bertilsson själv medger i förordet till en antologi från 1995.¹⁷⁶ Europeisk integration och en stark renässans för mänskliga rättigheter öppnade juridikens port mot omvärlden och rätten framstod på nytt som en möjlighet. Mer krasst skapade snabba och kraftfulla förändringar på den globala handelns område också nya juridiska utmaningar. Juridiken som en hjälpgumma åt den samhälleliga ingenjörskonsten framstod inte längre som en intressant modell.

Istället hamnade fokus på domstolarnas rättsskyddande uppgifter i en föränderlig och komplex omvärld. EG-domstolens och Europadomstolens rättsbildning fick starkt inflytande och även svenska domstolar började försiktigtvis ägna sig åt lagprövning. Globalt inrättades krigsförbrytardomstolar, ett annat tecken på förnyat förtroende för den judiciella processens möjligheter. Rätten till domstolsprövning, inte minst av myndighetsbeslut, stärktes stegvis i Sverige. Intresset för domarrollen och domstolarnas roll i samhället har ökat, vilket kan exemplifieras med en ström av statliga utredningar i ämnet sedan början av 1990-talet.¹⁷⁷

3.3.8 *Domarprofessionen*

Domarkåren uppfyller de flesta av de kriterier som presenterats i det föregående. Klassisk anglosaxisk professionsteori tar som sagt främst sikte på fristående, privatpraktiserande professioner, och i detta avseende stämmer domarrollen inte in på den klassiska bilden av en profession, men det torde man kunna bortse ifrån i definitionshänseende. Följande kriterier passar enligt min mening in på domarprofessionen:

- 1) utbildning med formell verkan för tillträdeskravet - auktorisation (RB 4:1)
- 2) utbildning på vetenskaplig grund
- 3) professionell träning i ett lärlingsliknande system¹⁷⁸

¹⁷⁵ Se föregående avsnitt.

¹⁷⁶ M Bertilsson (red.) 1995 s 7.

¹⁷⁷ Se litteraturförteckningen för en översikt.

¹⁷⁸ Förordning (1996:381) med tingsrättsinstruktion 5 och 11 §§.

- 4) professionellt monopol på dömande uppgifter
- 5) konsult-/expertroll då domaren anlitas för utredningsarbete m.m.
- 6) starkt inomprofessionellt inflytande på utbildning och utnämning
- 7) utpräglad professionell etik och yrkeskultur
- 8) rättslig reglering och legitimering av professionen
- 9) meritokratisk karriärgång

Till dessa kriterier kommer några som är unika för domarprofessionen:

- 10) konstitutionellt garanterad suveränitet i yrkesrollen (RF 11:2)
- 11) kvalificerat anställningsskydd (RF 11:5)

Domarkåren passar mindre väl in på klassiska anglosaxiska professionskriterier som mer tar sikte på konsultverksamhet som bedrivs privat. Detta spelar dock mindre roll – det intressanta är att tillräckligt många av ovanstående faktorer stämmer för att vi skall kunna tala om domarkåren som en egen profession, särskilt mot bakgrund av att vi har att göra med en (i detta avseende) kontinental rättskultur. Flera av kriterierna framgår, åtminstone delvis, av grundlag, lag eller förordning.

3.4 Skepsis mot den traditionella juristprofessionen

I den weberska byråkratimodellen står domaren och det judiciella beslutsfattandet modell för hela den offentliga förvaltningen. Detta förutsätter en samhällsmodell som i väsentliga hänseenden är liberalt eller kapitalistiskt utformad, det vill säga en där staten är relativt tillbakadragen och de regleringar som behövs kan utformas med precisa juridiska bestämmelser. Denna weberska modell anses inte passa välfärdsstatens förvaltning, eftersom en interventionistisk statlig politik kräver individuell behandling av varje enskilt fall men i överensstämmelse med det politiska programmens huvudinriktning. Därför måste byråkraterna ges stort eget handlingsutrymme för att kunna göra bedömningar som är anpassade till de enskilda fallen.¹⁷⁹ Det är detta problem som utgör bakgrunden till den omfattande ramlagstiftningen under välfärdsstaten, men också till det komplicerade förhållandet mellan politikerna, byråkratin och professionerna under detta nya byråkratiska paradig. I marxistisk statsteori, som får sägas spela en viss roll vid välfärdsstatens framväxt, sägs statens inre struktur begränsa handlingsutrymmet för varje politiskt parti som innehar regeringsmakten. Förvaltningsstrukturen är

¹⁷⁹ B Rothstein, *Att administrera välfärdsstaten. Några lärdomar från Gustav Möller* (1987), s 71.

inget neutralt instrument för politikerna, utan en restriktion i förhållande till möjligheterna att utöva en effektiv statlig politik.¹⁸⁰

En av flera strategier som kom till användning för att få ett mer effektivt genomslag för den statliga välfärdspolitiken formulerades av Gustav Möller, socialminister under många år (1924-26, 1932-1936, 1936-1938 och 1939-1951). Som ett inslag i denna strategi ingick att minska ”den juridiska statsapparatusens” makt. Bland annat framtog Möller de högre domstolarna deras tolkningsföreträdare ifråga om viss sociallagstiftning och gjorde istället socialdepartementet, dvs. i princip sig själv, till högsta överklagandeinstans. Det uttalade syftet var att säkerställa att lagarna implementerades i enlighet med hans intentioner. Möller var dessutom övertygad om att de som ville att domstolarna skulle tolka de sociala reformlagarna ville sätta den existerande regeringen, som ”rekryterats från ett nytt samhällsskikt, under kontroll av de gamla härskarskikten vilka inte längre kunde säkra en majoritet för sin politik”.¹⁸¹

Redan på 1920-talet hade Möller för övrigt kritiserat den byråkratiska organisationsmodell som med rötter i 1600-talet ännu dominerade i Sverige. Denna hade enligt Möller fördelar men var anpassad för att säkra lag och ordning i ett statiskt samhälle och lämpade sig inte för ett snabbt föränderligt utvecklingsland som Sverige. I stället krävdes en mer flexibel och företagsmässig organisation, där tjänstemännen till exempel inte hade livstidsanställningar och där rekryterings- och befordringssystemen var obyråkratiskt utformade, så att de formella meriter som dominerade i statsförvaltningen skulle få mindre betydelse till förmån för individuella meriter. Hans förslag förkastades av riksdagens borgerliga minoritet 1926, men visionerna genomfördes under 1970-talet. Enligt Rothstein bör varaktigheten av det socialdemokratiska regeringsinnehavet tyda på en viss framgång i förvaltningspolitiskt hänseende.¹⁸² Emellertid ägde en viss tillbakagång rum efter Möllers avgång från regeringen, så att domstolarna och en del centrala ämbetsverk fick tillbaka en del av de uppgifter som tidigare tagits ifrån dem. Lärdomarna av denna period i svensk förvaltningspolitik är enligt Rothstein bland annat att reformer med generella och enkla regler är att föredra ur kontrollsynpunkt, och att ett interventionistiskt socialt program inte kan handhas av traditionell webersk byråkrati.¹⁸³

Efter 1970-talet förefaller entusiasmen för den evigt expanderande välfärdsstaten mattas av en rad skäl, de främsta av dem kanske ekonomiska. Bristen på ekonomiska resurser bereder vägen för 1980-talets upptagenhet

¹⁸⁰ B Rothstein 1987 s 70.

¹⁸¹ B Rothstein 1987 s 75.

¹⁸² B Rothstein 1987 s 78 f. Möller yttrade att ”förekomsten av teoretisk utbildning bör dock självfallet inte betraktas som ett minus”.

¹⁸³ B Rothstein 1987 s 81.

kring möjligheterna till ekonomisk styrning av den offentliga förvaltningen, något som vi återkommer till i kapitel 6 nedan.

3.5 Sammanfattning: kampen om den professionella autonomin

Syftet med detta kapitel har varit att dels ytterligare motivera studiet av enskilda domare, dels att studera domarkåren som en profession.

Professionell autonomi handlar framför allt om två saker: makten eller kontrollen över det professionella omdömet och makten eller kontrollen över arbetets organisering.

Makt över det professionella omdömet innebär att professionen, på bas av de professionella normerna, har en egen definition av vad som utgör ett väl utfört arbete. Normer för kvalitet fastställs inom professionen och bedömningen av kvaliteten i den egna verksamheten görs även den inomprofessionellt.

Kontroll över arbetets organisering innebär att beslut fattas på grundval av professionella bedömningar medan andra kriterier är underordnade. I allmänhet arbetar professionella yrkesutövare i organisationer där professionsmedlemmar besätter de högsta positionerna. De professionella strävar efter att styras av sina egna, och att ha kontroll över inträdet i professionen och befordran inom den. Det gör professionella utövare svåra att styra och att exploatera.¹⁸⁴

Under 1900-talet har relationerna mellan staten och professionerna karakteriserats av ett informellt kontrakt, vars innehåll har varierat över tid och beroende på vilken profession man talar om. Den professionella autonomins omfattning är alltså inte en gång för alla given, utan för domarnas del handlar detta om hur stor autonomi staten är beredd att låta domarkåren åtnjuta. Kontraktet mellan stat och profession bygger på att professionerna utövar viss självdisciplin eller självexploatering, eftersom de (åtminstone i viss utsträckning) betraktar arbetet som ett kall och inte drar klara gränser mellan arbete och liv. Professionerna karakteriseras också av att vinstintresse inte är den primära drivkraften. I utbyte mot en sådan delvis altruistisk inställning har de professionella fått acceptans för autonomi.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Y Hasselberg, *Kunskap, värdering och arbetsorganisation* (2009) s 7.

¹⁸⁵ Y Hasselberg a st med referenser.

4 Historiska perspektiv

4.1 Inledning

4.1.1 Syfte

Syftet med detta kapitel är att visa att den svenska domarrollen måste förstås i en historisk kontext. Även om Sverige under 1900-talet i många avseenden har visat en påfallande fixering vid det ”moderna” – och detta gäller även rättsväsendet, vilket kommer att framgå nedan – så har rättsväsendets organisation och domarens yrkesroll idag mycket gemensamt med situationen under föregående sekler.¹⁸⁶ Förklaringar till detta, vilket jag kommer att visa i den fortsatta framställningen, kan bland annat sökas i den starka svenska centralmakten och avsaknaden av feodal samhällsstruktur, samt synen på rättsväsendet som en statlig nyttofunktion. Den svaga åtskillnaden mellan rättskipning och förvaltning i Sverige har djupa rättskulturella rötter och är inte en produkt av 1900-talets välfärdsstat. Dessa omständigheter formar alltjämt den svenska domarens självuppfattning.

Ett annat syfte med kapitlet är att visa på hur den svenska domarkårens professionalisering drevs på av statsmakten som ett led i moderniseringen av statsförvaltningen, något som i sin tur motiverades av pragmatiska skäl: behovet av en effektiv rättskipning för att hålla ihop riket samt underlätta handel och samfärdsl.

Det är dock viktigt att betona att syftet *inte* är att ge en alltigenom uttömmande eller nyanserad bild av de historiska förhållandena, utan snarare att lyfta fram några tendenser och strömningar i den svenska domarrollens utveckling av betydelse för undersökningen.

¹⁸⁶ Ang. Sverige som det prototypiska moderna landet, se H Berggren & L Trädgårdh, *Är svensken människa? Gemenskap och oberoende i det moderna Sverige* (2006), särskilt s 221 ff.

4.1.2 Konstitutionell kontinuitet

En brittisk forskare har konstaterat att det viktigaste enskilda draget i den svenska rättsordningen är dess långa kontinuitet. Visserligen har avsevärda konstitutionella och rättsliga förändringar ägt rum under seklernas lopp, men de kännetecknas av institutionell kontinuitet och är evolutionära till sin natur. Kontinuiteten innebär samtidigt att det finns en inneboende förmåga till förändring som har gjort genomgripande förändringar, som i Frankrike 1789 eller 1958 eller Tyskland 1949, obehövliga. Ändå bedömer författaren att det svenska systemet i många avseenden är mer modernt än sina tyska eller franska motsvarigheter.¹⁸⁷

Motsvarande tolkning görs av flera svenska experter på konstitutionell historia. Bortsett från några relativt korta episoder av kungligt envælde – och frihetstidens parentes – så har statsskicket kännetecknats av maktdelning mellan kung (eller regering) och riksdag i olika skepnader.¹⁸⁸ Kontinuiteten avspeglas i den institutionella strukturen. Domstolsorganisationen avspeglar ännu i sina äldsta delar element från tidig medeltid och omorganisationer under senare decennier har kompletterat och justerat den existerande strukturen snarare än förändrat den i grunden.¹⁸⁹ Till detta kommer en politisk kultur som kännetecknas av samarbete, konsensus och kompromisser, en omständighet som har medfört att sociala och politiska konflikter har hantelats inom det politiska systemet istället för att hänföras till domstolarna. Detta kan vara på väg att förändras, men som en skissad beskrivning av den historiska bakgrunden bör den stämma i stora drag.¹⁹⁰ Till de historiska förklaringarna hör att Sverige inte sedan 1500-talet varit ockuperat av främmande makt; ockupationer brukar medföra rättsövergrepp och behov av radikala reformer.¹⁹¹

¹⁸⁷ J Bell 2006 s 234.

¹⁸⁸ Se t.ex. N Herlitz, *Grunddragen av det svenska statsskickets historia* (1967), N Runeby, *Monarchia Mixta. Maktfördelningsdebatt i Sverige under den tidigare stormaktstiden* (1962) och N Stjernquist, *Land skall med lag byggas. Sveriges författningshistoria* (1999).

¹⁸⁹ Mer därom nedan.

¹⁹⁰ J Bell 2006 s 234 f.

¹⁹¹ P Eriksson, *Den svenske domarens (o)självständighet* (1998), s 100, som jämför med den amerikanska konstitutionen och de konstitutioner som växt fram i Central- och Östeuropa sedan 1989.

4.2 Svensk rättskultur och domare fram till 1809

4.2.1 *De första svenska domarna*

De första funktionärerna med rättskipande uppgifter som vi känner till är häradshövdingarna.¹⁹² Ursprungligen hade häradshövdingarna sannolikt flera uppgifter, åtminstone på en del håll, men ganska snart renodlades uppgiften till dömande. Häradshövdingen var dock inte "ämbetsman" om man med detta begrepp menar en person som har regeringsmakten (eller liknande) som uppdragsgivare. Snarare var de folkvalda funktionärer.¹⁹³ Häradstingen sammanträdde i regel varje vecka. Ovanför häradstingen utgjorde landstingen i Svealand och Götaland högsta myndighet. Landstingen leddes av en lagman. Under senare medeltid hölls landstingen på kungens vägnar av lagmannen – ett uttryck för att centralmakten började göra anspråk på den rättsliga auktoriteten.¹⁹⁴

I detta sammanhang är det viktigt att komma ihåg att "rättskipning" under åtminstone den äldre medeltiden inte som senare var en verksamhet som kunde skiljas från lagstiftningen. Redan ordet *skipa* betyder såväl lagstiftning som dömande verksamhet. Tingen ägnade sig således åt både lagstiftning och dömande verksamhet.¹⁹⁵

Båda häradshövdingar och lagmän utsågs ursprungligen av bönderna själva. Längre fram ökade kungamaktens inflytande och kungen började medverka i tillsättningsförfarandet. I och med Magnus Erikssons landslag 1350 infördes en någorlunda enhetlig domstolsorganisation på landsbygden. Där föreskrevs att lagmannen skulle sammankalla folket till ett extra häradsting, där bönderna skulle utse tolv män som tillsammans upprättade ett förslag på tre män från häradet. En av de tre skulle sedan kungen utse till häradshövding. Lagmännen utsågs på ett liknande sätt, men då var även kyrkan inblandad.¹⁹⁶ Efterhand växte det kungliga inflytandet över rättskipningen. I Upplandslagen (1296) anges att all domsmakt utgår från konungen och det är han som utser och "sätter dom i händer" på de underlydande domarna. Kungamakten blir en sorts appellationsinstans och särskilda "räfsteting" och "rättarting" hölls ibland ute i landet. Ibland var kungen personligen ordförande och ibland leddes förhandlingarna av någon av kungen ut-

¹⁹² Mer precist: häradshövdingar som ledare för häradsting i Götaland. I Svealand fanns hundaresting och skeppslagsting som leddes av en funktionär med titeln domare. I Norrland utgjorde socknarna domkretsar. G Inger, *Svensk rättshistoria* (1997) s 44 f.

¹⁹³ T Nothin, *Svenska under ämbetsmän och fogdevälde* (1956) s 11.

¹⁹⁴ G Inger 1997 s 45.

¹⁹⁵ G Åqvist, *Kungen och domsrätten* (1989) s 176 f., som också har en detaljerad redogörelse för forskningen om kunglig domsrätt.

¹⁹⁶ G Inger 1997 s 45 f. Ända fram till statskyrkans avskaffande vid senaste sekelskiftet tillämpades ett liknande förfarande vid tillsättningen av Svenska kyrkans biskopar.

sedd storman.¹⁹⁷ Idén om kungen som högsta rättsliga instans är ett av de första exemplen på ett begynnande romersk-kanoniskt inflytande över svensk rätt.¹⁹⁸

Medeltidens domstolar bestod av lekmän. Varken häradshövdingar eller nämndemän var juridiskt utbildade. Under senmedeltiden var häradshövdingarna i allmänhet adelsmän som utsetts av kungen och ofta var de inte bosatta inom häradet. Häradshövdinge- och lagmanstjänsterna betraktades som förläningar.¹⁹⁹ Häradshövdingarna ersattes då i den dömande verksamheten av vikarier, kallade lagläsare. Dessa hade ofta till uppgift att bokstavligt läsa lagen för nämndemännen.²⁰⁰ I den högre instansen hämtades lagmännen ur högadeln men dessa skötte vanligen ämbetet personligen.²⁰¹

I städerna såg domstolarna något annorlunda ut. Städerna styrdes av ett valt råd tillsammans med en kunglig fogde. Fogden och en del av rådet utgjorde stadens rådhusrätt. I de större städerna fanns en underinstans, kallad kämnärsrätt, som dömde i enklare mål. Även i städerna var domarna lekmän. En viktig skillnad mellan häradsrätterna och rådhusrätterna var dock att stadsdomstolarna var kollegiala och varje ledamot hade varsin röst, medan häradsrätternas nämnder utgjorde ett kollektiv.

Utöver detta fanns kyrkliga domstolar. Dessa hade domsrätt över prästerskapet i alla frågor och för alla övriga i vissa typer av mål, t.ex. familjemål och olika typer av mål med kyrklig anknytning. Privilegierade domstolar fanns även för adeln i vissa fall. Specialdomstolar fanns således tidigt i svensk historia.

4.2.2 Reception, reformer och begynnande professionalisering

Försök att reformera domstolsväsendet gjordes under Gustav Vasas och hans söners regeringsperioder (1521-1568 och 1599-1611).²⁰² Särskilt försökte man skapa en högsta domstol för att avlasta kungen den personliga rättskipningen. Några olika försök gjordes, men inget av dem blev långvarigt.²⁰³ 1614 inrättade Gustav II Adolf Svea hovrätt, som skulle döma i kungens ställe och vara fast stationerad i Stockholm:

¹⁹⁷ Upplandslagens rättegångsbalk, C Häthén & P Nilsén, *Svensk historisk lagbok. Rättshistoriska källtexter* (2004) s 39 samt G Inger 1997 s 46 f.

¹⁹⁸ G Inger i fsk Strömholm 1995.

¹⁹⁹ S Claëson, *Häradshövdingämbetet i senmedeltidens och Gustav Vasas Sverige* (1987), s 162 f.

²⁰⁰ K Å Modéer, *Rättvisa och trevnad. Om rättskultur i förändring* (1993), s 64.

²⁰¹ G Inger 1997 s 48.

²⁰² Gustav Vasa regerade 1521-1560, Erik XIV 1560-1568 Johan III 1568-1592 och Karl IX 1599-1611. Sigismund, Gustav Vasas sonson och son till Johan III, regerade 1592-1599. Hela perioden präglades av politisk oro.

²⁰³ G Inger 1997 s 111.

...då på det rätten må alltid hava sin ordentelige framgång, och våre trogne undersåtar vete på vad ort och ställe de sina rättegångs saker avlägga, och rättvis dom förvänta skole, därför have vi upprättat och stadgat vår konungslige hovrätt, och överste dom, uti vår stad Stockholm, vilken vi så uti vår när- som frånvaru givne makt att döma konungsdöm.²⁰⁴

Hovrätten skulle utgöra sista instans över häradsrätter och lagmansrätter.²⁰⁵ Efter hovrättens inrättande gick dock brottmål direkt från häradsrätterna till hovrätten, medan tvistemål kunde behandlas i lagmansrätterna som en fakultativ mellaninstans. Redan från början kan man skönja ambitionen att hovrätten skulle besitta viss specialistkunskap:

...och skall föreskrevne vår hovrätt vara beklädd av fjorton personer, ibland vilke riksens drotset alltid skall vara en, med fyra andra av riksens råd, fem av adel, och *fyra andre lärde och lagfarne ärlige män*: och skall drotseten städse vara vår president eller domhavande, och honom till hjälp en annan vice-president.²⁰⁶

Redan året därpå, 1615, infördes emellertid möjligheten att ödmjukt besvära sig direkt hos kungen för den part som var missnöjd med hovrättens dom (*beneficium revisionis*). Denna prövning var helt beroende av kungens nåd, så någon ovillkorlig rätt att klaga fanns inte. När kungen var frånvarande utövades den högsta domsrätten av rådet i dess helhet, ibland under benämningen revisionsrätt.²⁰⁷ Ett skäl till att rätten att besvära sig hos kungen så snabbt återinfördes kan ha varit att det skulle ha stridit mot landslagen att inrätta en högsta domstol utan förbehåll för kungens personliga domsmakt. Landslagen kunde inte ändras utan allmogens samtycke.²⁰⁸ En mer cynisk tolkning är måhända att förespråkare för en absolutistisk kungamakt gärna spelade på äldre föreställningar om konungen som Guds domhavande. En del som stod nära kungen utnyttjade detta för att få personliga avgöranden om allt möjligt, vilket fick till följd att personer med mindre goda förbindelser kunde bli utpressade och avtvingade sin egendom. Oredan utnyttjades

²⁰⁴ 1614 års rättegångsordinantia, i C Häthén & P Nilsén s 67.

²⁰⁵ ”...och skall ifrån den konungslige hovrätt ingen hava makt att vädja.” A. st.

²⁰⁶ A. st.

²⁰⁷ G Inger 1997 s 112. Inger nämner även att denna domsrätt utövades av drottning Kristina under hennes regeringstid (1644-54), och hon var således Sveriges första kvinnliga domare. Se även J E. Almqvist, som skrev en artikel i detta ämne i SvJT 1941 s 818 ff.

²⁰⁸ K G Westman, *Från landskapslagar till folkting till rikslag och ämbetsmannamässig rättstillämpning* (1934) s 43 ff., som har en intressant redogörelse för den politiska debatten och förfarandet hovrätten inrättades.

också för att komma åt politiska motståndare.²⁰⁹ Resultatet kan hur som helst betecknas som att striden mellan folklig och kunglig domsrätt löstes genom att en mellaninstans av ämbetsmannakaraktär, Svea hovrätt, inrättades.²¹⁰

Nya hovrätter, likställda med Svea hovrätt, infördes 1623 i Åbo, 1630 i Dorpat och 1634 i Jönköping. Till detta kom ett stort antal specialdomstolar, av vilka de viktigaste var kammarkollegiet (ur vilket 1695 bildades kammarrevisionen som 1799 blev kammarrätten), bergskollegium och kommerskollegium. De gamla kyrkliga domstolarna fanns också kvar. Dessutom fanns en rad särskilda kommissioner med jurisdiktion i särskilda frågor, t.ex. reduktionskommissionen och olika häxkommissioner. Inrättandet av fler hovrätter medförde att kungens personliga domsmakt förblev högst betydande för upprätthållandet av enhetlighet i rättstillämpningen, men hovrätterna hade ändå en starkt rättsutjämnande inverkan inom sina respektive jurisdiktioner.²¹¹

Svea hovrätt stod i centrum för det svenska rättslivet under mycket lång tid och dess inrättande medförde att rättskipningen stramades upp i betydande grad. Bland annat införde man från 1630-talet rutinen att hovrätten förordnade lagläsare, som skulle vara juridiskt bildade, till samtliga häradsrätter. Dessutom ålades domarna i häradsrätterna att sända in sina rättegångsprotokoll till hovrätten för granskning av deras rättstillämpning. Senare drev Karl XI igenom att häradshövdingar och lagmän skulle vara bosatta i och personligen tjänstgöra vid sina respektive domstolar.²¹² Dessa skulle dessutom vara rättsutbildade.²¹³

I hovrätten tjänstgjorde president, vice president och assessorer, vilka var domstolens ledamöter, samt sekreterare och notarier, som var domstolens

²⁰⁹ S Petrén, *Hovrätten och den högsta domsmakten* (1964) s 8 ff. Den beskrivna rättslösheten skulle framför allt ha gällt under Karl IX. Petrén gör en jämförelse med hur absolutismens ledande teoretiker under 1500-talet, Jean Bodin, såg på saken. Enligt Bodin talade en rad omständigheter för en kunglig domsrätt, bl.a. att de som skulle döma i kungens ställe lätt kunde utsättas för obehörigt inflytande och dessutom vara alltför bunden av lagens bokstav eller hindersamma processuella regler, medan härskaren själv utgjorde den levande rätten och stod ovanför alla stiftade lagar ("la loi vive, et par dessus toutes les lois civiles" – den levande lagen, och ovanför alla samhällets lagar). Han skulle därför kunna komma till ett snabbt och rättvist slut. Bodins enda principiella invändning mot kungens personliga domsmakt var nödvändigheten av en klar skiljelinje mellan utövande av domsmakt och benädningsrätt, vilket ledde honom till slutsatsen att den personliga domsmakten trots allt borde utövas restriktivt. Petrén s 10. – För att rätt förstå Bodins uttalande bör man hålla i minnet att den äldre folkliga rättskipningen ofta var starkt formalistisk och bunden av stelbenta processuella regler kring särskilt bevisningen; straffrätten föreskrev ofta hårda och omänskliga straff. Den kungliga rättskipningen var inte lika bunden av sådant och kunde därför ibland erbjuda bättre möjligheter till materiell rättvisa. Kungen hade även resurser för effektiv exekution av sina domar. Falk s 3 f.

²¹⁰ N Gärde, *Rättegångsbalken* (1934) s 371 och S Petrén 1964 s 43.

²¹¹ K G Westman 1934 s 47 f.

²¹² G Inger 1997 s 115.

²¹³ K Å Modéer 1993.

tjänstemän. Assessorerna indelades i tre klasser: riksrådsklassen, frälseklassen och den lärda eller ofrälse klassen. Chef för domstolen var riksdrotsen, som även var president. Riksdrotsen var en av kungens personliga ämbetsmän och samtidigt högste chef för hela rikets justitieväsen. 1660 uppdrogs chefskapet till en president samtidigt som drotsen blev generalinspektör för rikets justitieväsende. Drotsens deltagande i hovrätten ansågs inte förenligt med dess ställning av underinstans i förhållande till rådet och en av flera hovrätter med likvärdig ställning.²¹⁴

I och med att riksdrots och hovrättspresident under hovrättens första decennier var en och samma person, var presidenterna inledningsvis män ur den absoluta högadeln. Även om bördan alltså var avgörande för tillsättningen av höga ämbeten hade ämbetsinnehavarna ofta en för tiden hög utbildning, förvärvat både i Sverige och utomlands. Efter 1660 var presidenterna ofta karriärdomare med erfarenhet från olika domstolar, ämbetsverk och från lagstiftningsarbete.²¹⁵ Detsamma gällde hovrättens övriga ledamöter, råd och assessorer – deras juridiska kompetens var användbar på många håll inom den statliga verksamheten, en tradition som lever kvar till våra dagar.

I detta sammanhang kan det vara värt att notera att hovrätten utgjorde ett av flera statliga kollegier. Någon särskild åtskillnad mellan dömande verksamhet och annan statlig förvaltning gjordes inte.²¹⁶

Med inrättandet av Svea hovrätt inleddes professionaliseringen av den svenska domarkåren. Från början var avsikten att hovrätten skulle vara en fackutbildad, kollegial juristdomstol. Men tillgången på akademiskt utbildade kandidater var inledningsvis begränsad. Den formella utbildningen fick då ersättas av sådan nedärvd rättskunskap som fanns hos medlemmarna av de främsta adelssläkterna, bland vilka lagmän och riksråd traditionsenligt utsågs.²¹⁷ Allteftersom tillgången på akademiskt utbildade personer blev större fästes större uppmärksamhet vid utbildningen när nya domare skulle rekryteras. Studierna kunde ha ägt rum i Uppsala eller utomlands, och var inte alltid juridiskt inriktade. I en del fall rekryterades även akademiska lärare till hovrätten. Men rekryteringen var också stark från lands- och stadsdomstolarna. På så sätt kunde hovrätten upprätthålla en levande kontakt med underrätternas rättspraxis och det fick även till följd att hovrätten bibehöll en inhemsk processrättslig tradition som byggde på omedelbarhet och stark

²¹⁴ S Jägerskiöld, *Hovrätten under den karolinska tiden och till 1734 års lag* (1964) s 127 f.

²¹⁵ S Jägerskiöld 1964 s 132 ff.

²¹⁶ J Nordquist, *Domstolar i det svenska politiska systemet* (2001) s 69 f, som dock förefaller blanda ihop frågan om lämplighet och laglighet med den om åtskillnaden mellan rättskipning och förvaltning.

²¹⁷ S Petré 1964 s 55.

processledning, till skillnad från den tysk-romerskt präglade kontinentala processordningen.²¹⁸

Den kollegiala organisationen var en nyhet för Sverige, så ny att man i 1634 års regeringsform betecknade den som ”broderskap”. Axel Oxenstierna kallade dem även för ”samkväm”. Kollegiekaraktären innebar bland annat att beslut skulle fattas efter omröstning i särskild ordning. Tingsmenigheterna hade i princip fattat enhälliga beslut, som växte fram mer eller mindre formlost under förhandlingarna. I hovrätten infördes istället ett omröstningsförfarande som innebar att ledamöterna i tur och ordning uttalade sin mening om målen, och att från majoriteten avvikande meningar därvid skulle antecknas. Den yngsta ledamoten skulle uttala sin mening först och därefter voterade man i stigande ordning med presidenten sist. Domskäl och avvikande meningar dokumenterades, inte för parternas skull, utan för att domstolen skulle ha tillgång till dem vid behandlingen av ett senare, liknande fall. Det var alltså intresset av en enhetlig rättstillämpning som motiverade den nya och mer strukturerade dokumentationen, liksom den arkiverksamhet som blev följden av detta.²¹⁹

En nyhet i hovrätten var även det permanenta domstolskansliet. Syftet var ursprungligen att få mer balanserade underlag för föredragningarna än de som framställdes i klagoskrifterna. Både beredningen av målen och den efterföljande dokumentationen sköttes omsorgsfullt. Sekreterare, notarier, aktuarie och kanslister arbetade i kansliet.²²⁰

Hovrätten började tidigt skola in nya unga jurister. Det så kallade auskultantväsendet gjorde det möjligt för unga män som studerat att delta i vissa arbetsuppgifter som en sorts praktik.²²¹ Senare kunde dessa bli assessorer i hovrätten eller fortsätta karriären på andra håll i samhällslivet; juridiken ansågs vara en utomordentlig grund för all offentlig tjänst. Antagningen grundades ofta på akademiska meriter och av de antagna var största delen ofrälse.²²²

Professionaliseringen av hovrätten fick återverkningar hos underrätterna. Från 1680 var häradshövdingarna avlönade tjänstemän och från 1720 utsåg kungen till häradshövding en av tre som hovrätten, inte häradet, hade uppsatt på förslag. Häradshövdingen blev den starka centralfiguren i häradsrätten, medan nämnden hamnade på undantag jämfört med tidigare. I 1734 års lag fastslogs att endast en enig nämnd skulle kunna överrösta häradshövdingen. På den administrativa sidan gjordes en motsvarande uppräckning,

²¹⁸ S Jägerskiöld 1964 s 183 f.

²¹⁹ S Petrén 1964 s 55. För en genomgång av handläggningsformernas förändring i och med hovrätternas inrättande, se Bylander 2006 s 263 ff.

²²⁰ S Jägerskiöld 1964 s 186 ff.

²²¹ För en ingående studie av auskultantväsendet, se D Gaunt, *Utbildning till statens tjänst. En kollektivbiografi över stormaktstidens hovrättsauskultanter* (1975).

²²² S Jägerskiöld 1964 s 204 f.

då landshövdingarna fick ansvaret för exekution av domar och upprätthållande av lag och ordning. En motsvarande utveckling ägde rum i städerna, då en lång konflikt mellan intresset av lokal lekmanaförankring och intresset av professionell ämbetsmannakompetens slutade med seger för det senare.²²³

Även i andra avseenden medförde hovrättens inrättande nyheter. Till exempel krävdes att domarna skulle avfattas klart och tydligt och utan användning av främmande språk. Dessutom skulle alla skäl varpå domen grundades anges och att parter som begärde det skulle ha rätt till en förklaring av domen.²²⁴ Detta var emellertid inte nödvändigtvis samma sak som att parterna skulle få tillgång till de fullständiga domskälen; dessas existens motiverades främst av domstolens eget behov.²²⁵ Muntlig bevisning skulle presenteras genom vittnesmål och inte genom edgång.²²⁶ Och genom hovrätternas praxis sipprade en hel del kontinentalt rättsligt tänkande in i Sverige, särskilt på handelsrättens område. Den medeltida svenska lagstiftningen var alltför ålderdomlig för att motsvara de behov 1600-talets expansiva handelsliv ställde. Handelsbalken i 1734 års lag var i stort sett en kodifiering av hovrätternas tysk-romerskrättsligt präglade praxis.²²⁷

4.2.3 *Frihetstid och upplysning*

Upplysningstiden medförde nya ideal för samhällslivet. Jämfört med tidigare betonades särskilt samhällsmedlemmarnas politiska och sociala jämlikhet samt deras kulturella, ekonomiska och fysiska rörelsefrihet. Idén om varje persons förutbestämda plats i samhället började te sig föråldrad och med den ständsorganisationen och över huvud den kollektivistiska modellen för politisk organisation. I linje med den nya betoningen på individuella fri- och rättigheter började domstolväsendets roll mer och mer att uppfattas som ett skydd för den personliga säkerheten och friheten gentemot kungamakten – men även gentemot folkrepresentationen. Under den så kallade frihetstiden i Sverige ägnade sig riksdagen åt rättskipning i enskilda fall, vilket medförde att partipolitiska intressen efter hand kom att få större betydelse än rättsliga överväganden vid avgörandet av målen. Det totala godtycket begränsades emellertid av justitierevisionen, som enligt Gärde bestod av skickliga jurister med gott omdöme.²²⁸

²²³ K G Westman 1934 s 52 f. Jfr nedan om utvecklingen under 1970-talet, då intresset av lekmanamedverkan dominerade och resulterade i motsatt utveckling.

²²⁴ G Bendz, *Om hovrätterna från deras uppkomst till 1734 års lag* (1934) s 953 f., som anger som källa några kungliga brev från 1600-talet.

²²⁵ S Petrén 1964 s 54 f.

²²⁶ K G Westman 1964 s 51.

²²⁷ R Nygren, *Vad är egentligen "riktigt svenskt" i den svenska rätten?* (SvJT 1998 s 103) s 106.

²²⁸ N Gärde 1934 s 372 och G Inger 1997 s 156.

Under 1700-talet fortsatte kraven på domarnas utbildning och kompetens att stadfästas i lag och grundlag. Redan tidigare ansågs domarreglerna uppställa ett krav på juridisk kunskap, särskilt punkt 6:

Domaren skall grant veta lagen, där han efter döma skall, ty lagen skall för honom vara en rättelse.

1720 års regeringsform ställde krav på att hovrättspresidenterna och ett antal andra domare skulle vara personer ”som igenom lärdom och lagfarenhet gjort sig till domareämbetet skicklig” (§ 23, 32 m.fl.).

4.2.4 1749 års förordning om ämbetsexamen

1749 kom så en kunglig förordning som stadgade att ingen skulle få antas som notarie, auskultant eller liknande i ”de verk, varest rättegångssaker förekomma och drivas” utan att ha avlagt juridisk examen.²²⁹ Förordningen innehöll ganska vaga bestämmelser om själva examensinnehållet och kontrollen över vilka som skrev examensdissertationerna var obefintlig.²³⁰

Ämbetsexamen bestod antingen i ett disputationssprov eller i ett offentligt förhör inför professorer i Uppsala. De som sökte till rättegångsverken förhördes i ”lagfarenheten och moralen”, medan de sökande till kanslikollegium examinerades i ”moralen, jure publico romano germanico, historien och latinska språket.” Det förefaller som om kompetenskraven togs på allvar och iakttogs.²³¹ Det var också första gången som det uppställdes ett krav på formella studier i juridik. Enbart erfarenhet räckte inte.²³² Tyvärr visade det sig att den kunskapskontroll som universiteten stod för inte alltid höll måttet, varför hovrätterna själva ofta överprövade de sökandes kunskaper.²³³ Här ser vi ett tidigt exempel på det som i professionsteorin kallas ”closure”, det vill säga att företrädare för professionen själva tar kontrollen över intagningen till yrket. Det är hur som helst en intressant omständighet att de sökande examinerades i moral såväl som i lagfarenhet.²³⁴

²²⁹ Förordning, angående de Studerandes Academiska Wittnesbörder, som tänka söka sin befordran vid Rättegångswerken 10.3.1749.

²³⁰ L. Björne, *Patrioter och institutionalister. Den nordiska rättsvetenskapens historia* (1995), s 95 f.

²³¹ E. Fahlbeck, ”Lagfaren”, ”Lagkunnig” (1964), s 220 f.

²³² E. Fahlbeck 1964 s 223 f.

²³³ K. Å. Modéer, *En god domare är bättre än god lag. Juridiska yrkesroller i ett historiskt perspektiv* (1986), s 252.

²³⁴ Som bekant gjorde senare generationer rent hus med förekomsten av moral i juridiska sammanhang. Frågan är emellertid om moralen har återkommit till rätten, fast i annan skepnad nu. Man kan exempelvis ana moraliska inslag i Europadomstolens rättstillämpning. Någon har rentav

Genom Gustav III:s statskupp 1772 avskaffades ständernas dömande makt och återfördes till riksrådet. Justitierevisionen fick en fastare och mer kvalificerad sammansättning såtillvida att den skulle bestå av riksråd med erfarenhet av dömande verksamhet. Vid Gustav III:s andra statsvälvning 1789 avskaffades rådet och istället infördes Högsta domstolen. Den skulle bestå av sex adliga och sex icke-adliga ledamöter. Kungen hade två röster samt utslagsröst vid lika röstetal. Genom införandet av HD avskaffades slutligen kungens personliga dömande makt och överfördes till en domstol med professionell sammansättning, och i och med detta kan man för första gången tala om en egentlig åtskillnad mellan verkställande och dömande makt, sannolikt ett resultat av inflytande från utländsk statsrättslig doktrin. Samtidigt uppdelades målen i judiciella och administrativa.²³⁵

Högsta domstolen var emellertid inte självständig gentemot kungamakten i modern mening. Ledamöterna tillsattes för en begränsad tid, ett till tre år, och riskerade att inte få förnyat förtroende om deras agerande inte behagade kungen.

Samtidigt som upplysningsfilosoferna betonade vikten av en självständig domarkår, ville de inskränka domarens skönsrättsliga handlingsutrymme. Det som i Olaus Petris domarregler sågs som en garanti för rättvisan, blev nu ett hot mot rättssäkerhet och förutsebarhet. Istället för att skapa rättvisa i det enskilda fallet, betonades en strikt tillämpning av legalitetsprincipen. Domaren skulle utan undantag tillämpa lagens bokstav på det enskilda fallet och agera logiskt-mekaniskt som en s.k. subsumtionsapparat. Lagarna fick inte bli föremål för tolkning av domarna. Kant uppsatte till exempel ett explicit förbud mot billighetsavgöranden.²³⁶ Det är en intressant paradox att den tidsperiod som hyllade förnuftet som ledstjärna för rätten – en tid då den passiva åtlydnaden av auktoriteter avvisades – just denna tidsperiod gör domaren till en automat snarare än ett aktivt subjekt med eget förnuft och omdöme.²³⁷ Upplysningstiden präglades snarast av ett förakt för de professionella juristerna. I Frankrike avskaffades advokatväsendet efter revolutionen och på många håll utanför Sverige stärktes lekmännens roll i domstolarna, exempelvis genom att jury infördes i brottmål, och förslag med denna innebörd lades också i Sverige, men kom inte att genomföras förutom i tryckfrihetsmål.²³⁸

Tidens syn på domarrollen och rättsskapande i domstolar kan belysas av följande citat:

påstått att JO i Sverige fyller en funktion som moraliskt rättesnöre för myndigheterna och deras tjänstemän.

²³⁵ G Inger 1997 s 155 f.

²³⁶ K Å Modéer 1989 s 11 f.

²³⁷ S Strömholm, *Juristroll och samhällsutveckling* (SvJT 1982 s 1-13), s 9 f.

²³⁸ K Å Modéer 1986 s 253.

Det finns ej någon säkrare utväg att i ovisshet, mörker och förvirring insvepa lagskipningen i ett kand än att samla prejudikater. Om prejudikater finge åberopas till grund, bleve rättvisan en vaxnäsa, vilken efter behag kunde vändas vart man ville.²³⁹

4.2.5 Domstolsbegreppet

Den som studerar tidsperioden i föregående avsnitt frapperas av bristen på åtskillnad mellan dömande och förvaltande uppgifter. I svensk offentlig rätt saknas alltjämt en tydlig skiljelinje mellan domstolar och förvaltningsmyndigheter. Det som går att säga på rak arm är att domstolar saknar lydnadsplikt gentemot regeringen enligt RF 11:6; förvaltningsmyndigheter har emellertid en självständighet i enskilda ärenden som påminner om domstolarnas (jfr RF 11:2 och 11:7). Frågan behandlas utförligare på annat håll;²⁴⁰ det intressanta i detta sammanhang är att sammanblandningen mellan domstolar och andra myndigheter har gamla rötter och är en fundamental del av den svenska rättskulturen.

Ursprungligen utfördes som bekant både rättskipande och lagstiftande verksamheter av tingen. Under denna äldsta tid framstod emellertid skälen för ”maktdelning” enligt senare modell inte som starka, eftersom den förhärskande lag- och rättsuppfattningen inte tillät tinget att ändra på en lag i ett enskilt fall. Lagen var nämligen i någon mening evig och inte människornas att disponera över. Den senare utvecklingen i samhällsorganisation och rättsuppfattning gav anledning att dela makten mellan monark och folkrepresentation, men rättskipningen – åtminstone på högre nivå – där prejudikat och riktlinjer skapades – ansågs vara monarkens domän. Och eftersom monarken enligt gällande rättsuppfattning själv förkroppsligade den högsta rättvisan fanns ingen anledning att hålla rättsväsendet självständigt från honom.²⁴¹ Tvärtom var det helt naturligt för Axel Oxenstierna och Johan Skytte, två av 1600-talets stora statspersonligheter, att hovrätten inhämtade anvisningar från regeringen för att kunna avgöra ett mål på ett sätt som var politiskt tillfredsställande.²⁴²

Domstolarna sysselsatte sig dessutom med en mängd ärenden, som man numera skulle hänföra till förvaltningen. Endast helt nyligen avskaffades de sista resterna av detta, nämligen tingsrätternas roll som inskrivningsmyndig-

²³⁹ Mathias Calonius, ledamot av Högsta domstolen 1793-1800. Cit. i D Victor, *Högsta domstolen och prejudikaten – särskilt på straffrättens område* (2002).

²⁴⁰ Kap. 5.

²⁴¹ Uppfattningen om monarkens förkroppsligande av den gudomliga rättvisan förefaller dock ha varit ett ideal som togs med en viss nypa salt, om man exempelvis studerar domarreglerna (se detta avsnitt).

²⁴² K G Westman 1934 s 49 f.

heter. Rättegångsbalkens äldre upplagor innehöll en hel del regler som angick mål och förfaranden vid andra myndigheter än domstolarna. Förvaltningsmyndigheterna har i mycket stor utsträckning använt sig av domstolarnas arbetssätt avseende handläggning och beslutsfattande. Domstolsbegreppet blir ännu svårare att ringa in om man tar hänsyn till alla de specialdomstolar som förekom särskilt under 1600- och 1700-talen.²⁴³

4.2.6 Domarreglerna

Sedan den första tryckningen av 1734 års lag har de så kallade domarreglerna varit intagna i lagboken.²⁴⁴ Enligt en fotnot i 2009 års lagbok beslöts vid den första tryckningen 1736 att domarreglerna skulle bifogas ”som tillförne alltid vanligt varit”. Enligt samma not har reglerna sannolikt författats av Olaus Petri omkring 1540.²⁴⁵ Mer precist är sannolikt att reglerna sammanställts av Olaus Petri med utgångspunkt i flera källor: äldre svensk-nordisk tradition, tysk rätt, Bibeln och romersk och kanonisk rätt, och att de sammanfogats till en helhet av honom. Den ledande idén i regelverket är klar: att skydda menige man (enskilda) för godtycke och hårdhet i rättstillämpningen och att skydda oskyldiga från att dömas för brott de inte begått.²⁴⁶

Även om domarreglerna aldrig har stadfästs i lag – de har alltid haft karaktären av ”bihang” – har de en viktig betydelse som en spegelbild av vad den nordiska rättsuppfattningen innehållit genom seklerna. De säger något om *vad rätten är* och om lagens förhållande till rättvisan.²⁴⁷ Deras betydelse blir ännu tydligare av det faktum att de länge ansågs vara faktiskt gällande rätt och åberopades som rättskälla i praxis under flera sekler.²⁴⁸

Domarreglerna innehåller ett antal principer som utan större svårighet torde kunna användas som riktmärke även för en modern domareetik. Domarreglerna är således definitivt en del av vår rättskultur, men på grund av dess allmängiltiga drag – reglerna härstammar sannolikt från en mängd olika urkällor – skulle man möjligen kunna säga att de utgör en del av den normativa djupstruktur, som genom seklerna sedimenterats i rättsordningen.²⁴⁹ Även om den explicita kunskapen om domarreglerna kanske inte är så stor i dagens domarkår, är det inte orimligt att anta att domarna ändå omfattar de

²⁴³ N Herlitz 1934 s 1023 ff.

²⁴⁴ Med ”lagboken” avses här den traditionella författningssamling som under namnet ”Sveriges Rikes Lag” numera utges av Norstedts juridik, år 2009 med Torkel Gregow som redaktör.

²⁴⁵ Sveriges Rikes Lag 2009, s CXLI, fotnot 1.

²⁴⁶ Å Holmbäck, *Våra domarregler* (1928) s 270 ff., som har en utförlig redogörelse för domarreglernas genealogi med hänvisning till diverse primärkällor.

²⁴⁷ A Aarnio, *Värdena och domarreglerna. Tankar om förhållandet mellan rätt och moral* (1984), s 8.

²⁴⁸ H Munktel, *Domarreglerna i praxis före 1734 års lag* (SvJT 1939 s 516-530) 516 ff.

²⁴⁹ Ang. denna tanke, inspirerad av K Tuori, se kap. 2 ovan.

etiska principer som reglerna ger uttryck för, sannolikt med undantag för de religiösa inslagen.²⁵⁰

De grundsatser som Olaus Petri ger uttryck för i domarreglerna bottnar i en lutherskt inspirerad uppfattning om rättsordningens uppgift, vilken i sin tur går tillbaka på renässansens och humanismens allmänna statsrättsliga läror. Ett citat ur den predikan Olaus Petri höll vid Gustav Vasas kröning kan belysa detta.

Och på det vi måge hava här en rätt ingång till, vilje vi först bese, för vad sak Gud haver låtit herrskapet eller överhet uppkomma, och är denne... att hon skall vara dem till straff, som illa göra, och därför bär hon svärdet, så att *var illgärningsmän icke vore till, gjordes oss intet herrskap behov*.²⁵¹

Poängen är att överhetens, eller som vi numera skulle säga, statens överhöghet och själva existens motiveras av och endast av behovet av skydd och ordning människor emellan – en närmast kontraktsrättslig uppfattning som kommer igen hos exempelvis Thomas Hobbes ett drygt sekel senare.²⁵² Överheten har alltså skyldigheter i utbyte mot sitt monopol på rättskipningen, vilket kommer till uttryck i domarreglerna på följande sätt:

Desslikes skall han ock besinna, att domarämbetet är för den menige mans bästa insatt, och icke för domarens eget bästa, och därför skall han bruka det den menige man, och icke sig själv, till godo, ändock det är honom väl själv med till godo, när det rätt brukat varder. Dock skall han söka det meniga bästa med ämbetet och icke sitt eget. Ty domaren är för den menige mans skull, och icke den menige man för domarens skull.²⁵³

Här kommer till uttryck den stränga betoning på pliktetik som alltiämt är ett utmärkande drag för den svenska domarens självbild.²⁵⁴ Men reglerna siktar in sig inte bara på ämbetsmännen, utan även på lagstiftaren, som exempelvis följande regel visar.

All lag är insatt för rätt och skäl, och icke för saköre [böter] skull. Förty saköre är ett straff, som dem går över, som lagen bryta, men lagen vill

²⁵⁰ Se ang. detta ett examensarbete vid Lunds universitet: Katarina Eriksson, *Traditionell domaretik i ett aktuellt perspektiv* (1997, handledare K. Å. Modéer). Arbetet omfattade bl.a. en enkät om domares syn på etik och etiska regler. – Slutsatsen beträffande domarreglernas religiösa inslag är min egen. Det är inte mycket som talar för att den nutida svenska domaren ser sig som ”en Guds befallningsman” (bl.a. domarregel nr 2 och 4).

²⁵¹ Cit. i Å Holmbäck 1928 s 277. Predikan hölls i Uppsala domkyrka den 12 januari 1528.

²⁵² T Hobbes 1994.

²⁵³ Domarregel nr 3.

²⁵⁴ Se kap. 7 nedan.

hellre vara obruten än bruten, och såge så hellre att inga sakören skulle behövas.²⁵⁵

Här är det alltså frågan om en uppmaning till härskaren att inte utnyttja lagen för att skaffa sig inkomster, utan att den skall vara till för det allmänna bästa.

Rättens allmännyttiga syfte går igen på flera andra håll i domarreglerna. I en artikel från 1984 har Aulis Aarnio valt ut följande domarregler som utgångspunkt för en tolkning av ”nordisk rättsuppfattning”:

Alla lagar skola vara sådana, att de tjäna till det meniga bästa, och därför då lagen bliver skadlig, så är det icke mera lag, utan olag, och bör avläggas.²⁵⁶

En god och beskedlig domare är bättre än god lag, ty han kan alltid laga efter lägligheten. Där en ond och orättvis domare är, där hjälper god lag intet, ty han vränger och gör den orätt efter sitt sinne.²⁵⁷

Det rätt och skäl icke är, det kan icke heller vara lag: för de skäl som lagen haver med sig, gillas hon.²⁵⁸

All lag bör med beskedlighet driven varda: förty högsta rätt är högsta orätt, och måste nåden vara med rätten.²⁵⁹

Den menige mans bästa är den yppersta lagen, och därför det som finnes den menige man till nytta vara, det bör hållas för lag, ändock att beskriven lag efter orden synes annorlunda lyda.²⁶⁰

Tre saker är genomgående i ovanstående regler: dels spänningen mellan skriven lag och skälighet, dels att skäligheten förknippas med ”menige mans nytta”, dvs. det allmänna bästa. Lagen måste dessutom vara godtagbar: en lag godtas endast om den är skälig. Aarnio kommer fram till följande slutsatskedja: (1) domaren har makt att tolka lagen, (2) endast vissa tolkningar

²⁵⁵ Domarregel nr 19. Enligt Å Holmbäck förefaller Olaus Petri ha varit av uppfattningen att penningstraffet var en följd av girighet hos furstar och kyrkomän, då det införts som alternativ till kroppsstraff med mera, och att lagen därmed förlorat en del av sitt syfte (Å Holmbäck s 278 not 4). I nordisk rättstradition var det emellertid sedan gammalt brukligt att sona brott genom ekonomisk kompensation, dock till den förfördelade parten och inte till överheten.

²⁵⁶ Domarregel nr 7.

²⁵⁷ Domarregel nr 8.

²⁵⁸ Domarregel nr 9.

²⁵⁹ Domarregel nr 10. Detta uttalande tillskrivs ursprungligen Cicero: ”Summum jus summa injuria”, Å Holmbäck 1928 s 271.

²⁶⁰ Domarregel nr 13.

är godtagbara, (3) de tolkningar som tjänar skäligheten är godtagbara, (4) skäligheten bestäms av det allmänna bästa.²⁶¹

Men att lagen måste vara godtagbar och att domaren kan avvika från den skrivna lagen om den är oskälig är inte detsamma som godtycklighet, vilket annars skulle kunna vara en invändning som låg nära till hands. Godtycke förbjuds genom en annan domarregel:

Vilja eller våld är icke landsrätt.²⁶²

Rätten måste alltså vara förutsebar, och all makt som verkar mot det allmänna bästa är maktmissbruk. I ett demokratiskt samhällsskick blir denna regel kanske än mer betydelsefull. Ett samhällsliv som inte uppfyller kravet på förutsebarhet störtar i anarki och är därför odemokratiskt.²⁶³ När makt således anförtros åt myndigheter och domstolar måste den användas rätt: ett skydd mot godtycke är ett skydd mot maktmissbruk, vilket i sin tur är ett försvar av demokratins spelregler.²⁶⁴

Rättsordningen är enligt ovanstående resonemang legitim för att den bygger på rationella skäl och förutsebar maktutövning. Rättsliga eller administrativa beslut som bygger enbart på formell kompetens är inte enbart därför legitima.

4.2.7 *Sammanfattning*

I det föregående har vi översiktligt kunnat se hur domarrollen utvecklats från medeltiden fram till 1700-talets slut. Lagstiftning och rättskipning hörde ihop redan vid de medeltida tingsförsamlingarna. Domarna (häradshövdingarna) var folkvalda funktionärer. Redan under medeltiden började emellertid kungamakten ta ett fastare grepp om rättskipningen. Varken domare eller nämndemän var juridiskt utbildade.

Under 1600-talet inrättas Svea hovrätt och med detta inleds en professionalisering av den svenska domarkåren. I hovrätten lades grunden till en tjänstestruktur vid domstolarna som alltjämt lever kvar i stora drag. Domstolens tjänstemän var juridiskt utbildade i Sverige eller utomlands och tjänstgjorde växelvis inom rättskipning, lagstiftning och administration. De dömande funktionerna sågs som en del av den statliga förvaltningen och var liksom denna nära knutna till kungamakten. Vid hovrätten skolades nya unga jurister in och hovrättsutbildningen ansågs vara en utmärkt grund för

²⁶¹ A Aarnio 1984 s 10.

²⁶² Domarregel nr 16, punkt 11.

²⁶³ Anarki: här i betydelsen ”den starkes rätt” eller naturtillståndet enligt Hobbes’ modell. A Aarnio a. st.

²⁶⁴ O Brusiin, *Domarens prövning då norm saknas* (finska 1938), refererad i A Aarnio 1984 s 11.

alla typer av offentlig tjänst. Till nyheterna hörde också inrättandet av ett permanent domstolskansli vid hovrätten. Från 1600-talet kan vi alltså härleda flera kännetecknande drag för domarnas nutida yrkesroll, som vi kommer att se i det följande.

1700-talet innebar att kraven på juridisk utbildning för domstolstjänstgöring formaliserades genom 1720 års regeringsform och 1749 års förordning om ämbetsexamen. Kunskapskontrollen vid universiteten var emellertid undermålig vilket medförde att hovrätterna själva kontrollerade de sökandes kunskaper.

De upplysningstida idealen innebar – i alla fall i teorin – ett brott med äldre tiders betoning på klokskap och billighet i rättstillämpningen, såsom de kom till uttryck exempelvis i domarreglerna. Förutsebarhet och rättssäkerhet betonades och med detta ansågs följa en mer mekanisk typ av rättstillämpning. Som vi kommer att se i det följande dominerar denna spänning diskussionen om domarrollen ända fram till idag.

4.3 1800-talet: den liberala rättsstaten

Under 1800-talet bröt den historiska skolan med det subsumtionslogiska domaridealet. Enligt von Savigny skulle domaren få lov att uttolka lagstiftarens avsikt. Samtidigt bröt en ny bevisteori fram, som såg den dömande kraften som en reflekterande, självständig verksamhet. Enligt den historiska skolan måste rätten växa fram ”organiskt” ur varje folks medvetande och erfarenhet; i själva verket fick i och med detta rättshistorieämnet en juridisk grunddisciplin med en rättspolitisk potential som i allmänhet var antiliberal till karaktären.²⁶⁵

4.3.1 Grundlagsreformer

Naturrätt och upplysning påverkade lagstiftningsarbetet som ledde fram till 1809 års regeringsform (GRF). Denna följdes av en ny riksdagsordning 1810 och nya tryckfrihetsförordningar 1810 och 1812.²⁶⁶ Förlusten av Finland bidrog till att göra slut på det gustavianska enväldet och till att driva fram en grundlag inriktad på maktbalans – minnet av frihetstidens överdrivna ständervälde levde också kvar. Motsättningar mellan liberala och

²⁶⁵ R Nygren 1998 s 107; jfr S Strömholm 1982 s 4 f.

²⁶⁶ Jury infördes i tryckfrihetsmål 1815.

konserverativa företrädare mynnade under 1800-talets senare del ut i markant ökat inflytande för regering och riksdag, på bekostnad av kungamakten.²⁶⁷

1809 års regeringsform var framför allt inriktad på maktbalans mellan kung och riksdag. Domstolarna spelade en mindre framträdande roll, även om konstitutionsutskottets berömda memorial kan tyda på att man tänkte sig en tredelning av makten efter modell från Montesquieu.²⁶⁸ Den dömande makten skulle utövas av oavsättliga domare, och domstolarna skulle döma efter lag och laga stadgar. Men åtskillnaden mellan styrande och dömande makt var ännu inte helt genomförd. Ända till 1909 hade kungen rätt att delta i HD:s beslut med två röster, och fram till 1840 var justitiestatsministern självskriven ledamot av HD.²⁶⁹ Den högsta domsrätten innehades enligt GRF av kungen (§ 17) och utövades i hans namn. Den dömande maktens plats i det konstitutionella systemet får betraktas som sekundär under denna period och sammanblandningen mellan administrativ och judiciell makt fortsatte alltså under 1800-talet, trots strävanden mot att skilja de båda åt.²⁷⁰ Sammanblandningen accentuerades av att två medlemmar av HD skulle delta vid handläggningen av vissa regeringsärenden och att domstolen hade en viktig roll i lagstiftningsprocessen. Mot bakgrund av detta framstår det inte som märkligt att domstolarna snarare var en del av förvaltningen än en kontrollinstans över densamma.²⁷¹ Att domstolarna inte framhölls som en egen fristående statsmakt kan ha varit att domstolsväsendet befann sig i ganska dåligt skick, vilket följande citat kan ge en fingervisning om:

Vad angår lagskipningen, synes den tidens domare helt visst i allmänhet hava gjort sitt bästa för att i varje särskilt fall döma efter billighet och materiell rättvisa. Men någon vägledande domstolspreaxis har man svårt att framdraga från en tid då till en domares, särskilt en överdomares, förnämsta färdigheter hörde konsten att genom intetsägande, ehuru ofta mångordig, motivering – med upprådande av heterogena domskäl, ofta sammanknutna genom favoritfrasen ”så mycket mindre” – undvika att för framtiden ”binda sig”. Föga bättre ställt är det med den juridiska doktrinen i vårt land. Dess torftighet behöver ej närmare påvisas.²⁷²

²⁶⁷ G Inger 1997 s 164 och 169 f. För en diskussion av den ideologiska bakgrunden till 1809 års RF, se S Carlsson, *1809 års regeringsform* (1990).

²⁶⁸ Konstitutionsutskottets memorial 1809, i Sveriges konstitutionella urkunder (1999).

²⁶⁹ G Inger 1997 s 184.

²⁷⁰ N Herlitz 1967 s 216.

²⁷¹ E Smith, *Den høyeste domsmakt i nordisk statsrett i første halvdel av det nittende århundrede* (1990), s 106 och 112 ff.

²⁷² E Marks von Würtemberg, *Blick på den svenska lagstiftningen alltifrån adertonbundratalets början* (1934).

En viss misstänksamhet gentemot domarkåren verkar också ha kommit fram i debatten under tidigt 1800-tal. Följande citat av E.G. Geijer kan få illustrera:

Liksom undersåten här ej känner någon barricaderande mellanmakt emellan sig och sin öfverhet, så erkänner ock den rättssökande i Sverige ingen privilegierad juridisk klass mellan sig och rättvisan, intet advocatskrå, intet Domarestånd, som har rättvisan uteslutande inne; ja, det strider ej mot vår Författnings anda, att äfven den högsta Domaremakten ej är oberoende af Folkets bifall och mening...²⁷³

Ovanstående citat bekräftar föreställningen om direktkontakt mellan folket och överheten, ända upp till den högsta domarmakten – konungen. Samma idé skulle eka under 1970-talets debatt om lagprövningsrätten, men då med helt andra förtecken, nämligen folksuveränitetens.²⁷⁴

För den judiciella självständighetens del blev 1809 års regeringsform hur som helst ett framsteg, eftersom justitieråden blev permanenta ämbetsmän som bara kunde avsättas genom riksrechtsdom eller beslut av riksdagens opinionsnämnd. Det senare var en svensk egenhet som syftade till att den högsta domsmakten inte skulle bli en ”stat i staten”.²⁷⁵

Under 1800-talets första del förenklades domstolsorganisationen. Lagmans- och kämnärsrätterna avskaffades 1849. En rad specialdomstolar avskaffades också, liksom universitetens domsrätt, under perioden 1831-52. Reformerna låg i linje med tidens liberala tendenser, särskilt principen om allas likhet inför lagen. Under perioden 1873-1918 inrättades emellertid en mängd nya specialdomstolar, motiverade av en ny tids behov.²⁷⁶

Inrättandet av Regeringsrätten 1909 utgjorde nästa steg i strävandena att skilja rättskipningen från förvaltningen. Regeringsrätten övertog avgörandet av en rad måltyper som tidigare hade ankommit på regeringen. Handläggandet av förvaltningsärenden framstod alltmer som en udda uppgift för regeringen i och med regeringsmaktens fortlöpande ”parlamentarisering”.²⁷⁷

I straffrättsliga sammanhang var förfarandet fortsatt inkvisitoriskt under 1800-talet, så att domaren var den mest aktiva rollinnehavaren i rättegången. Under seklets senare del börjar emellertid åklagarslag göra sig gällande, liksom tillämpning av fri bevisprövning. Inrättandet av Sveriges advokatsamfund 1887 hade betydelse för utvecklingen mot tvåpartsförfarande.²⁷⁸

²⁷³ Cit. i J Hirschfeldt 2007 s 143.

²⁷⁴ Se kap. 5 nedan.

²⁷⁵ E Smith 1990 s 111. Se vidare ang. opinionsnämnden J Hirschfeldt 2007 s 141 ff.

²⁷⁶ N Herlitz 1967 s 218, G Inger 1997 s 229 f.

²⁷⁷ N Herlitz 1967 s 274 f.

²⁷⁸ G Inger 1997 s 233.

1844 avskaffades bestämmelsen om att en viss andel av HD:s ledamöter skulle vara adliga. Det kan ses på slutpunkten för en äldre ämbetsmannamodell, grundad på privilegier. Istället träder det opartiska och osjälviska ämbetsmannaidealet in på arenan. Domarkulturen var den enda och dominerande juridiska yrkeskulturen under denna tid. Domaryrket var ett kall domaren intog en ställning som i mycket kunde liknas vid prästens.²⁷⁹ Juristerna dominerade förvaltningen och domarbanan var ”kungsvägen” för den som ville göra en administrativ karriär. Samtidigt ökade spelrummet för domstolarna i och med lagändringar som bl.a. medgav viss latitud i straffrättskipningen. Ett mycket idealistiskt – och elitistiskt – domarideal utvecklades under denna tid, vilket bland annat kan studeras i nekrologer och minnesskrifter över ett antal framstående domare.²⁸⁰

4.4 1900-talet: välfärdsstat och instrumentalism

4.4.1 Uppsalaskolan

Det är svårt att komma runt Uppsalaskolan om man vill förstå hur domarrollen utvecklades i Sverige under 1900-talet, även om det bara är en av flera faktorer som kan förklara den skeptiska inställningen till exempelvis medborgerliga rättigheter i Sverige.²⁸¹ Uppsalaskolan, vars viktigaste företrädare var Axel Hägerström (1868-1939), fick ett starkt inflytande över det juridiska tänkandet i Sverige under 1900-talet. Hägerströms filosofiska gärning genomsyras av uppgörelsen med det metafysiska tänkande som han ansåg präglade rättsvetenskapen. Utsagor om sanning, moral och rättsliga förpliktelser var enligt Hägerström endast uttryck för mänskliga föreställningar om sådana företeelser. För att rättsvetenskapen skulle kunna betecknas som vetenskap – ett problem fler än Hägerström brottades med under 1900-talet –

²⁷⁹ K Å Modéer 1994 s 20.

²⁸⁰ K Å Modéer 1994 s 22 f., som även har en utförlig redogörelse för domar- och ämbetsmannakultur från 1800-talet och framåt. Se därtill B Wennström, *Rättens kulturgräns* (2002), s 42 ff.

²⁸¹ Tack till jur. kand. P.B. Bertilsson, som uppmärksammat mig på denna fråga; se Bertilsson 2008 s 20 ff. Jfr. Nergelius, *Konstitutionellt rättighetsskydd* (1996) s 94 och 611 ff., som menar att det sannolikt är Uppsalafilosofins inflytande som huvudsakligen bidragit till att försvaga de medborgerliga rättigheternas ställning i Sverige, även om han medger att det är svårt att leda i bevis. – Kanske kan diskussionen om realismens inflytande på svensk domarkultur framstå som uttjatad. Att fortsatt driva tesen om realismens eventuellt skadliga inflytande på svensk rättskultur kanske är att slå in öppna dörrar, att strö salt i såren, att vrida om kniven, att sparka på den som redan ligger. Den skandinaviska rättsrealismen är väl redan uträknad? Jag tror dessvärre att det är svårt att komma runt att denna filosofiska och rättsvetenskapliga skolbildning har varit utomordentligt betydelsefull för hur rättens teori och praktik har sett sig under 1900-talet.

måste den göra sig av med mytiskt tankegods.²⁸² Särskilt rättighetsbegreppet var enligt Hägerström falskt, eftersom det enligt honom byggde på sådana magiska föreställningar. Rättsvetenskapen skulle således hålla sig till sådant som kunde betecknas som vetenskap, nämligen analys av den positiva rätten.

Efterföljaren Vilhelm Lundstedt, som var professor i Uppsala och riksdagsledamot under en period, var ännu radikalare och menade att *samhällsnyttan* skulle vara rättsordningens grundval. Mänskliga rättigheter var inbillning, eftersom en människa inte kan ha några naturliga rättigheter i sig själv, utan endast genom att ingå i ett samhälle.²⁸³

Det är svårt att säga vilket inflytande uppsalaskolan har haft på 1900-talets domare, men enligt Peczenik är det närliggande att många domares tankesätt har påverkats efter mönstret: det finns inga objektiva värden, utan endast människors felaktiga föreställningar om värden; en domare som grundar sin dom på övertygelsen om objektiva moralvärden måste följaktligen ha fel. Den praktiska konsekvensen blir att domaren lojalt skall följa lagarna utan att spekulera om det etiskt riktiga eller rättvisa i dessa.²⁸⁴ Denna tankegång är kanske svår att leda i bevis, men sammankopplad med en stark och konsekvent trohet gentemot lagförarbeten (som är äldre än uppsalaskolan), och Lundstedts teori om samhällsnyttan (och inte den metafysiska "rätten") som rättsordningens grundval, är det lätt att få intrycket av en svensk 1900-talsdomare med samhällsnyttan, lagstiftarviljan och värdenihilismen som ledstjärnor.²⁸⁵

Man kan också konstatera att flera namnkunniga svenska jurister tog intryck av Hägerström, exempelvis Gunnar Myrdal (jur. kand. 1923) som menade att Hägerström utövade ett starkt positivt inflytande på sin generation; "som ringar på vattenytan hade hans intellektuella redbarhetskrav spritt sig bland den tidens akademiska ungdom".²⁸⁶ Sterzel framhåller för sin del Uppsalaskolans betydelse för det konstitutionella tänkandet under 1900-talet.²⁸⁷ Sammantaget är det inte i den hårda värdenihilismen som Uppsalaskolans betydelse skall sökas. Istället är det omdaning av det rättsvetenskapliga tänkandet som gett rättspositivismen en särställning i Sverige.²⁸⁸

²⁸² E Cassirer, *Axel Hägerström* (2005) s 107 ff och 125.

²⁸³ A Peczenik, *Rätten och förnytt* (1980) s 16. I en artikel publicerad 1928, året innan han blev invald i riksdagens andra kammare för socialdemokraterna, skriver Lundstedt: "Jag har också kommit till det resultat, att det faktiskt icke finns några rättigheter och att rättighetsbegreppet är en logisk orimlighet, som rättsvetenskapen tack vare sitt fundamentala misstag kommit att allt intill våra dagar arbeta med. V Lundstedt, *Har Dnguits rättssteori något underlag i fakta* (1928).

²⁸⁴ A Peczenik 2001 s 124.

²⁸⁵ Se även S Strömholm 2002.

²⁸⁶ G Myrdal, *Objektivitetsproblemet i samhällsforskningen* (1968) s 15.

²⁸⁷ F Sterzel, *Författning i utveckling* (1998), s 16 f.

²⁸⁸ P.B. Bertilsson 2008 s 29.

4.4.2 *Nya ideal i den offentliga sektorn*

Under 1900-talet förändras ämbetsmannaidealen i linje med folkhemmets krav. På 1960-talet slår krav på informalisering och demokratisering igenom och föreställningen om den offentliga sektorn som den goda sektorn:

Man förutsatte att den offentliga sektorn också administrerades av människor av god vilja. Den ”engagerade” byråkraten hade sett dagens ljus. Han eller hon var inte bara eller främst expert och professionell utan bärrare av en ideologi. [...] Vänsterideologin identifierades alltmer med det s.k. samhällets mål och syften. Detta ”samhälle” antogs därvid även på särskilt sätt representera majoriteten av folket och i synnerhet de svaga. ”Det starka samhället” tog sig an ”de svaga i samhället”. Myndigheterna blev på så vis både starkare och mer demokratiska än någonsin. [...] ”Informaliseringen” var... en del av en ideologi, för övrigt en ideologi med många nyrousseauanska inslag. I denna ideologi spelade föreställningen om rätten en underordnad roll. Idén om en på administrativ väg genomförd förbättring av samhället var det väsentliga.²⁸⁹

Omvänt kunde man säga att rätten blev ett instrument för överheten snarare än ett skydd för medborgarna. Som Modéer har påpekat, pekar debatten under 1970-talet på att domstolarna från politiskt håll ansågs vara ”folkviljans tjänare”, samtidigt som 1974 års RF förde in domstolarna och förvaltningen under ett gemensamt kapitel. Justitieministern uttalade att den sociala sammansättningen av domarkåren var helt felaktig och att detta implicerade att domarna agerade politiskt konservativt,²⁹⁰ men framhöll i rättvisans namn också att det fanns anledning att slå vakt om den traditionella maktfördelningen mellan domstolar och statsmakt och att domarna även framgent borde vara oavsättliga.²⁹¹ Under hela 1900-talet har domarna också varit centrala i den statliga förvaltningen och de har fortsatt att utgöra en elitprofession, till gagn för statsnyttan.

Under 1970-talet infördes en central domstolsadministration i form av Domstolsverket. Uppdelningen i stads- och lantdomstolar avskaffades redan 1969. Likaså stärktes lekmannadomarnas ställning i både underrätter och överrätter, liksom i partssammansatta domstolar.²⁹² Dessutom genomfördes en omfattande reform av förvaltningsrättskipningen i och med inrättandet av länsrätterna 1971. Högsta domstolen blev en renodlad prejudikatinstans 1971, då förutsättningarna för prövningstillstånd skärptes betydligt.

²⁸⁹ S Nordin, *Från byråkrat till samhällsingenjör. Informalisering och ämbetsmannaideologins förvandlingar* (1988), s 45.

²⁹⁰ K Å Modéer 1994 s 57 f med vidare hänvisningar.

²⁹¹ E Havansi, *Finlands domstolar inför omvälvning?* (SvJT 1973 s 63-78) s 78, apropå förslag om betydande omvälvningar i ”demokratisk” riktning i Finland i början av 1970-talet.

²⁹² Se vidare kap. 6 angående dessa åtgärder som var ägnade att minska domarkårens autonomi.

Sammanfattningsvis pekar tendenserna från 1950 och framåt på ett domstolsväsende under press. Som vi skall se blev diskussionen om domstolarnas och domarnas roll livlig vid utarbetandet av 1974 års regeringsform.²⁹³ Organisatoriska åtgärder, som inrättandet av Domstolsverket och lekmännens förstärkta inflytande, bidrog till att underminera domarnas traditionella auktoritet och autonomi.

4.5 Sammanfattning

Under 1990-talet ökade intresset för domstolarnas och domstolarnas roll, vilket kunde förmärkas i en rad utredningsbetänkanden.²⁹⁴ Omständigheterna kring denna utveckling undersöks på andra håll i detta arbete.²⁹⁵

Den historiska utvecklingen av domarämbetet i Sverige antyder några konsistenta drag och några som fluktuerar. Bland de konsistenta dragen kan nämnas följande. Lekmannainslaget i underrätterna har varit konstant (med vissa smärre förändringar) sedan åtminstone tidig medeltid, och rättskipningens lokala förankring har varit stark – en utveckling som har brutits först med 2000-talets sammanslagningar av tingsrätter och länsrätter. Från och med 1600-talet har rikets centralmakt i form av kung eller regering tagit ett fastare grepp om rättskipningen, särskilt i överrätt. Överrätterna har varit en del av den centrala statsförvaltningen, och domarnas professionalisering inleddes i och med inrättandet av Svea hovrätt. Domstolsjuristerna har varit tjänstemän i den statliga förvaltningen, och de har varit viktiga i andra grenar av denna än domstolsväsendet från 1600-talet fram till nutid. Någon renodlad maktdelningsideologi har aldrig slagit igenom. Domarnas roll som

5 Domarrollens konstitutionella förutsättningar

5.1 Inledning

Detta avsnitt behandlar den rättsliga regleringen av domarämbetet i svensk rätt. Därvid kommer regeringsformen att behandlas, liksom internationella dokument där domarrollen tas upp. Kapitlet innehåller också en undersökning av andra europeiska konstitutionella traditioner på detta område, liksom en diskussion kring frågan om en eventuell europeisk konstitutionell standard för domare.

Syftet med att undersöka den rättsliga regleringen nationellt och internationellt är att den ger en bild av vilka förväntningar som rättsordningen har på domare och vilka värden som ansetts viktiga att skydda i samband med regleringen av denna yrkesgrupp.

Avsnittet kopplas i avslutningskapitlet ihop med resultaten från de samhällsvetenskapliga och historiska delarna i en strävan att söka svar på frågan om varför regleringen ser ut som den gör, alltså att söka den rättsliga regleringens rötter i historiska och politiska omständigheter. Avsikten är även att jämföra ideal och normer från regleringen med domarkårens faktiska arbetsbetingelser, vilka träder fram i kapitel 6 och 7.

5.2 Konstitutionell reglering – vad är det för speciellt med domare?

5.2.1 Förvaltning och domstolar: läget före 1974 års regeringsform

Enligt Lavin var en av de främsta uppgifterna för äldre förvaltningsrättslig doktrin att ange innebörden av förvaltningsbegreppet. Man utgick då från att den statliga verksamheten yttrade sig dels i lagstiftning, dels i ordnandet av konkreta angelägenheter. Genom en uteslutningsmetod (”avskalnings-

teknik”) kunde man sedan få till en definition av förvaltningsbegreppet, genom att man räknade bort sådant som tillhörde domstolarna i form av rättskipning. Några materiella kriterier för begreppsbestämningen får man emellertid inte genom en sådan metod.²⁹⁶

I 1809 års regeringsform kunde man falla tillbaka på § 47, som uttryckte att domstolarna har att döma efter lag och laga stadgar. Av stadgandets fortsatta lydelse skulle eventuellt följa att förvaltningen förutom olika normer skulle vara skyldig att följa konungens (regeringens) bud och befallningar. Emellertid påpekar Lavin att även myndigheter har att handlägga enskilda ärenden självständigt och på eget ansvar, varför detta inte kunde vara det avgörande kriteriet för åtskillnaden mellan rättskipning och förvaltning. Inte heller den omständigheten att förvaltningen ofta företar skälighetsprövningar kan vara avgörande, för sådana förekommer stundom även i rättskipningen.²⁹⁷ Det sistnämnda förhållandet torde ha accentuerats i och med förvaltningsdomstolarnas ökade jurisdiktion och roll, där det ju ofta är fråga om lämplighetsbedömningar av olika slag.

Visserligen finns det i Sverige en tradition av ett nära samband mellan dömande och förvaltande verksamhet. Men en processuell funktionsfördelning, av innebörd att dömande befogenheter i första hand skulle utövas av hovrätterna, kom trots detta tidigt till stånd. Hovrätterna tillhörde enligt 1634 års RF kollegierna, alltså en sorts förvaltningsmyndigheter; i detta avseende kan man kanske säga att de utgjorde ett specialfall bland dessa.²⁹⁸ Dömande verksamhet kunde också äga rum i de andra kollegierna, men då i särskild sammansättning. Innan HD inrättades 1789 var kungen också högsta instans i dömande ärenden.²⁹⁹ Icke desto mindre konstaterar Lavin att en av de ledande principerna i 1809 års RF synes vara att de dömande och styrande makternas funktioner inte får sammanblandas, även om man kan diskutera i vilken omfattning någon mer genomtänkt maktodelningslära påverkat statsskicket.

Lavins behandling av skillnaden mellan domstolar och förvaltningsmyndigheter bygger snarast på *kompetens* och *organisation*, och inte på någon teoretisk åtskillnad mellan rättskipnings- och förvaltningsbegreppen. En sådan teoretisk åtskillnad är nämligen enligt Lavin knappast möjlig, utan man får istället nöja sig med att det rent faktiskt går att skilja mellan dömande och förvaltande verksamhet.³⁰⁰ Han utgår således från att HD är en domstol och att de organ vilkas kompetens huvudsakligen omfattar frågor som kan slutprövas av HD också är domstolar.

²⁹⁶ R Lavin 1970 s 3, som även refererar till Sundberg, Allmän förvaltningsrätt (1955) och Th Rabenius, *Handbok i Sveriges gällande förvaltningsrätt* D. 1, 2 uppl. (1875).

²⁹⁷ R Lavin 1970 s 3.

²⁹⁸ Se kap. 4 ovan.

²⁹⁹ R Lavin 1970 s 4 f. Konungens domsrätt omtalades alljämt i 1809 års RF, § 17.

³⁰⁰ R Lavin 1970 s 3.

5.2.2 *Administrativ och judiciell makt i 1974 års RF*

Av 1 kap 8 § regeringsformen framgår att det för rättskipningen finns domstolar och för den offentliga förvaltningen statliga och kommunala förvaltningsmyndigheter. Någon legaldefinition av dessa begrepp ges inte, och inte heller finns det någon klar distinktion mellan de båda kategorierna. Enbart beteckningen ”domstol” skulle enligt Grundlagberedningen (GLB) inte räcka för att hänföra en myndighet till domstolskategorin. Det skulle enligt föredragande departementschefen heller inte ha varit meningsfullt att söka göra någon sådan definition i några korta satser.³⁰¹ GLB hade i sitt förslag tänkt sig att paragrafen skulle indelas i två olika stycken. I det första stycket skulle föreskrivas att domstolarna avgör rättstvister, tillämpar strafflag och i övrigt prövar rättsfrågor i enlighet med vad som närmare skulle anges i 10 kapitlet, medan i paragrafens andra stycke skulle föreskrivas att statliga och kommunala förvaltningsmyndigheter verkställer de beslutande organens föreskrifter. Beredningen hade framhållit att gränsen mellan domstolarnas och förvaltningsmyndigheternas verksamhetsområden visserligen var flytande, eftersom förvaltningsmyndigheter i stor utsträckning också ägnade sig åt rättstillämpningsfrågor, men att en viktig skillnad mellan de båda kategorierna låg i den generella lydnadsplikt som gällde för förvaltningsmyndigheter men inte för domstolar (RF 11:6 jämförd med RF 11:2).³⁰² Efter remissbehandlingen ändrades förslaget i propositionen till den nuvarande formuleringen. Skälet till detta var enligt justitieministern att det inte gick att göra en klar distinktion mellan rättskipning och förvaltning:

Enligt gängse terminologi benämns domstolarnas dömande verksamhet rättskipning medan förvaltningsmyndigheternas uppgifter brukar anges vara förvaltning. Det är enligt min uppfattning inte meningsfullt att i RF:s inledningskapitel söka ge en närmare karakteristik av den roll som dessa olika samhällsorgan spelar. Över huvud taget torde det inte vara möjligt att i några korta satser ge en rättvisande beskrivning av de likheter och olikheter som finns mellan domstolarnas och förvaltningsmyndigheternas verksamhet. Jag föreslår därför att i förevarande paragraf endast slås fast att för rättskipningen finns domstolar och för den offentliga förvaltningen statliga och kommunala förvaltningsmyndigheter.³⁰³

Någon närmare förklaring till varför det inte skulle vara meningsfullt att ge en närmare beskrivning av förhållandet mellan de båda myndighetstyperna

³⁰¹ Prop. 1973:90 s 233

³⁰² A prop. s 232

³⁰³ Prop 1973:90 s 233.

lämnade justitieministern, statsrådet Lennart Geijer, inte. Sannolikt framstod den heller inte som särskilt märklig i ett land med en rättstradition där verkställande och dömande makt varit tätt knutna till varandra under seklerna.³⁰⁴ Justitieministerns argumentation i denna fråga är typisk för den styvmoderliga behandlingen av frågor kring rättskipning och förvaltning vid förarbetena till 1974 års RF, något som utvecklas nedan. Det är också typiskt för synsättet på RF som en deskriptiv snarare än normativ grundlag.

RF ger alltså inte särskilt klara besked om förhållandet mellan rättskipning och förvaltning. Gränsdragningen verkar dessutom luddigare i Sverige än på många håll utomlands.³⁰⁵ Domstolar, särskilt förvaltningsdomstolar, ägnar sig förutom åt rättstillämpning i snäv mening, det vill säga bedömning av rättsfrågor, i varierande utsträckning åt olika typer av lämplighetsbedömningar, medan de flesta förvaltningsmyndigheter tillämpar rättsregler av skilda slag och är därvid självständiga gentemot regering och riksdag (RF 11:7). Samtidigt ägnar de sig åt en mängd olika typer av verksamhet som gäller verkställighet av politiska beslut som innebär andra avvägningar än rent rättsliga. En viktig del av det som brukar uppfattas som rättskipning, nämligen rena tvistemål, kan också genom lag överlämnas till en förvaltningsmyndighet enligt RF 11:3.

5.2.3 *Diskussion under remissbehandlingen*

Gränsdragningen mellan dömande och förvaltande verksamhet i grundlagen blev föremål för diskussion under remissbehandlingen av GLB:s förslag.³⁰⁶ Förslaget gick som ovan nämnts ut på en formulering som var mer preciserad än den som blev resultatet i propositionen. Regeringsråden Hjern och Petrén uttalade att den principiella skillnaden mellan dömande och förvaltande verksamhet borde ha markerats genom presentation i olika paragrafer. Problemet var GLB:s ”allmänna brist på intresse för systematiska frågor och dess inriktning på praktiskt politiska kompromisser” trots att frågan om rättskipningens och domstolarnas systematiska plats i statsskicket hör till huvudfrågorna då en ny författning skall konstrueras. Den svaga åtskillnaden mellan rättskipning och förvaltning vilade enligt regeringsråden visserligen på urgammal svensk tradition, men en viktig målsättning under rätts-

³⁰⁴ Se kap. 4.

³⁰⁵ Lavin menar att utländska rättsordningar kännetecknas av att man valt en viss principlösning av problemet, som den svenska rätten saknar. Intressant nog tar Lavin detta till intäkt för att utesluta utländska rättsordningar från sin undersökning, eftersom de ger ”föga ledning”. Istället fokuserar han helt på förhållandena i Sverige och Finland. R Lavin 1970 s 9.

³⁰⁶ Här avses remissvar i anslutning till de förslag som nu utgör RF 1:8 och 11 kapitlet.

statsepoken hade varit att skilja de båda åt. Trots att detta inte fullt ut genomförts hade det varit önskvärt.³⁰⁷

Den motsatta uppfattningen hävdades av kammarrätten i Göteborg, som menade att det inte gick att göra någon skarp åtskillnad eftersom förvaltningsmyndigheterna också ägnade sig åt rättstillämpning. Enligt kammarrättens uppfattning spelade domstolarna också en betydelsefull roll när det gällde att omsätta de beslutande organens föreskrifter i praktiken, och föreslog en formulering av typen ”för förverkligande av riksdagens, regeringens eller kommuns beslut finns domstolar och förvaltningsmyndigheter”.³⁰⁸ Här bryts två radikalt skilda uppfattningar om domstolarnas roll mot varandra: de båda regeringsrådets synsätt, som bygger på maktodelningstänkande, och kammarrättens, som såg rättstillämpning som förverkligande av politiska beslut.

Länsstyrelsen i Uppsala län menade att systematiken var klar: verksamheten hos förvaltningsmyndigheterna, som har lydnadsplikt gentemot regeringen men är självständiga, hänger samman med regeringens normgivnings- och verkställighetskompetens, medan domstolarnas verksamhet hänger ihop med lagområdet, alltså riksdagen.³⁰⁹ Det synsättet förefaller hänga ihop med hur man enligt 1809 års RF delade upp kompetensen så att straff- och civilrättskipning hörde till domstolarna, medan myndigheterna hade hand om rättskipningen på det offentlighetsliga området. Det förra området var föremål för gemensam lagstiftning kung-riksdag, medan det senare hörde till området för kungens egen lagstiftningskompetens. I 1974 års RF torde det motsvaras av de olika normgivningskompetenserna i 8 kap.³¹⁰

5.2.4 Kritik mot Grundlagberedningen

Flera tunga remissinstanser var mycket kritiska till den styvmoderliga behandlingen av domstolarna i GLB:s förslag. Svea hovrätt saknade en närmare diskussion av domstolarnas ställning och funktioner i en ny författning, särskilt mot bakgrund av de grundläggande konstitutionella värderingar som författningen bygger på. Överhuvudtaget hade frågorna kring rättskipning och förvaltning fått en påfallande ytlig behandling, enligt hovrätten, som också kritiserade bristen på organiskt sammanhang med rättighets- och andra frågor varmed domstolsfrågorna hängde ihop.³¹¹ Även regeringsrätten menade att domstolarnas ställning borde ha definierats klarare. Domsto-

³⁰⁷ Prop. 1973:90, bilaga 3, s 166.

³⁰⁸ Prop. 1973:90, bilaga 3, s 167.

³⁰⁹ Prop. 1973:90, bilaga 3, s 235.

³¹⁰ Se även Lavin 1970 s 74.

³¹¹ Prop. 1973:90, bilaga 3, s 77 f och 235.

larna borde enligt regeringsråden i grundlagen ges ansvaret för rättsordningens upprätthållande. Även domstolarnas roll i det statsrättsliga kontrollsystemet borde förtydligas; detta i motsats till beredningens uppfattning om domstolarna som underordnade organ med uppgift att omsätta riksdagens beslut i praktiken.³¹² Regeringsrätten menade vidare att endast självständiga domstolar kunde fullgöra uppgiften att bereda medborgarna rättsligt skydd mot kompetensöverskridanden av de offentliga organen.

Elva av Högsta domstolens ledamöter uttalade att GLB:s förslag tilldelade domstolarna en betydelsefull ställning i statslivet i och med att flera betydelsefulla funktioner reserverades för dem. Resningsinstitutet framhölls särskilt i detta avseende (även av andra remissinstanser). Beträffande åtskillnaden mellan domstolar och förvaltningsmyndigheter framhöll de aktuella justitieråden att domstolarna borde behandlas i ett särskilt kapitel på grund av den särställning de skulle inta som garantier för lagligheten av myndigheternas beslut. Domstolarna saknar också lydnadsplikt gentemot regeringen, en principiellt viktig skillnad gentemot förvaltningsmyndigheterna (RF 11:6). Justitieråden påpekade att det tvärtemot beredningens uppfattning visst skulle vara möjligt att dra en skarp gräns mellan de båda myndighetslagen; det hade ju visat sig vara möjligt att ge domare en särställning i rättsligt hänseende jämfört med förvaltningstjänstemän (RF 11:1, 11:5), vilket i sin tur byggde på möjligheten att skilja dessa båda yrkesgrupper åt.³¹³

Kammarrätten i Göteborg ställde i sitt remissvar upp ett antal kriterier för åtskillnaden mellan förvaltningsmyndigheter och domstolar. Till en början menade kammarrätten emellertid att skillnaden antagligen var mindre än man i allmänhet föreställer sig. Det som utmärkte domstolar var deras speciella uppbyggnad, som syftade till att göra dem oberoende

...och därmed stärka deras opartiskhet. Medlet härvid är att förse domstolarna med ordinarie domare, som i princip är oavsättliga.³¹⁴

Citatet visar att det fanns en insikt om att särskilda anställningsregler kunde vara till gagn för att uppnå oberoende hos domarna.

Vidare har domstolar normalt större utredningsbefogenheter än förvaltningsmyndigheter, att viss rättstillämpning av vitalt intresse för den enskildes rättsskydd ansetts förbehållas domstolar, och slutligen att domstolarna saknar lydnadsplikt gentemot regeringen (även om kammarrätten menade att innebörden av denna lydnadsplikt, i nuvarande RF 11:6, var ytterst oklar; den nuvarande regeln borde enligt kammarrätten ha ersatts av ett förbud för överordnade myndigheter att lägga sig i myndighetsutövning mot enskil-

³¹² Prop. 1973:90, bilaga 3, s 236 f. Jfr SOU 1972:15 s 190.

³¹³ Prop. 1973:90, bilaga 3, s 235 f och 239.

³¹⁴ Prop. 1973:90, bilaga 3, s 238.

da).³¹⁵ Flera andra remissinstanser, bland dem de nyssnämnda elva justitieråden, Svea hovrätt samt regeringsrättens ledamöter, önskade sig också en skarpare gränsdragning mellan domstolar och förvaltningsmyndigheter.

Under propositionsbehandlingen togs remissvaren upp i en motion som behandlades av KU.³¹⁶ Utskottet uttalade i frågan:

Som påpekas i propositionen är det inte bara domstolarna som prövar rättsfrågor. Det gör också många förvaltningsmyndigheter. Då en förvaltningsmyndighets beslut överklagas hos förvaltningsdomstol, gör förvaltningsmyndigheten och förvaltningsdomstolen samma prövning. I dessa ärenden intar sålunda förvaltningsmyndigheterna en lika självständig och oberoende ställning som domstolarna. Det är vidare inte bara förvaltningsmyndigheterna som verkställer de beslutande organens föreskrifter. Även domstolarnas rättskipande verksamhet utgör ett verkställande av föreskrifter som beslutas av riksdagen eller regeringen.³¹⁷

KU anslöt sig alltså här till uppfattningen om domstolarna som ett utflöde av den verkställande makten. Något intresse av att särskilja domstolar från andra myndigheter fanns inte hos utskottets majoritet. Det är svårt att avgöra vad som ligger bakom utskottets ställningstagande, men att döma av ordalydelsen i betänkandet var det främst praktiska överväganden som låg bakom.

Även i de två ledande kommentarerna till regeringsformen, bägge publicerade 1980, finns delvis olika meningar företrädde. Holmberg & Stjernquist inleder sin allmänna kommentar till elfte kapitlet med följande, aningen ursäktande, påstående:

Grundlagsregleringen av rättskipningen och förvaltningen *har givetvis inte till ändamål att försäkra dem som är verksamma på dessa områden om några särskilda förmåner eller privilegier...* de är hjälpmedel för förverkligande av det demokratiska styrelsesättet. Bestämmande för deras handlande är grundlagarna och övriga föreskrifter som har kommit till i behörig ordning. I denna mening har organen för rättskipning och förvaltning till uppgift att realisera de normgivande organens föreskrifter.³¹⁸

Tydligen ansåg författarna till kommentaren att det fanns behov av att försvara en reglering av rättskipningen och förvaltningen i grundlag. Den kursiverade skrivningen förefaller bemöta argument, som i varje fall jag inte har sett någonstans i skriftlig form, men det är en rimlig tolkning att det vid

³¹⁵ Prop. 1973:90, bilaga 3, s 239.

³¹⁶ Motion 1973:1874 (m).

³¹⁷ KU 1973:26 s 61.

³¹⁸ E Holmberg & n Stjernquist, *Grundlagarna med tillhörande författningar* (1980) s 364 (min kursivering). Jfr andra upplagan av samma kommentar (2006), där det kursiverade avsnittet är borttaget.

denna tid fanns en misstänksamhet mot domare och förvaltningstjänstemän, som på något sätt behövde avvärjas i grundlagskommentaren.³¹⁹

Holmberg & Stjernquist menar hur som helst att det finns goda skäl att skilja på å ena sidan de politiska organens och å andra sidan de rättstillämpande och verkställande organens funktioner. Föreskrifterna i 11 kapitlet utgör på så sätt en markering av de yttre gränserna för de politiska organens kompetensområden, särskilt genom föreskrifterna i 2, 7 och 8 §§. Gränsdragningen mellan domstolar och förvaltningsmyndigheter kommer enligt författarna, som jag tolkar dem, främst till uttryck på så sätt att domstolarna reserveras vissa uppgifter och att deras uppgifter m.m. skall regleras i lag.³²⁰

Petrén & Ragnemalm menar å sin sida att begreppen rättskipning och förvaltning i RF saknar bestämt materiellt innehåll; termerna används för att beteckna den verksamhet som domstolarna och förvaltningsmyndigheterna utövar. RF gör ingen artskillnad mellan de båda funktionerna, men domstolarna garanteras ändå i vissa avseenden ett större mått av självständighet än förvaltningsmyndigheterna. Förklaringen till detta är enligt författarna att domstolarna traditionellt har att utföra uppgifter som är av stor betydelse för medborgarna och deras rättssäkerhet, och att denna rättssäkerhet bäst tillgodoses i det noggrant reglerade förfarande och med den mer kvalificerade sammansättning som förekommer i domstolarna.³²¹ Distinktionen mellan rättskipning och förvaltning är således av rent formell art; om verksamheten ombesörjs av domstol benämns den rättskipning, och om den sköts av förvaltningsmyndighet kallas den förvaltning. Denna terminologi framstår enligt författarna som egendomlig, eftersom en lika omfattande prövning av exakt samma fråga hos en förvaltningsmyndighet utgör ”förvaltning” och hos förvaltningsdomstolen innebär ”rättskipning”.³²² Det går alltså inte att använda dessa båda begrepp för att bestämma vad som är en domstol respektive en förvaltningsmyndighet. I normalfallet torde det vara så att om riksdagen har betecknat ett organ som domstol, är det en domstol.³²³ Att denna svårighet anses bestå än idag kan ses i en relativt nyutkommen lärobok i ämnet konstitutionell rätt heter att ”i RF görs inget försök att definiera rättskipning eller förvaltning och att hitta någon hållbar definition är knappast möjligt”.³²⁴

Resonemangen i både förarbeten och doktrin kring åtskillnaden mellan rättskipning och förvaltning framstår på många håll som både oklara och

³¹⁹ I Holmberg & Stjernquist m.fl. 2006, alltså grundlagskommentarens andra upplaga, är det kursiverade avsnittet borttaget, vilket man följdriktigt får tolka som att det inte längre finns något sådant behov. Jfr även kap.3 och 4 ovan samt kap. 7 nedan.

³²⁰ Holmberg & Stjernquist 1980 s 364 f., samt andra upplagan (2006) s 477 f.

³²¹ G Petrén & H Ragnemalm 1980 s 264 och 35 f.

³²² G Petrén & H Ragnemalm 1980 s 34 f.

³²³ G Petrén & H Ragnemalm 1980 s 36. Jfr KU:s yttrande i KU 1973:26 s 61.

³²⁴ W Warnling-Nerep m.fl., *Statsrättens grunder* (2005), s 114.

onödigt försiktiga. Antingen nöjer sig författarna med att konstatera att det inte är möjligt att göra någon ordentlig distinktion (Warnling-Nerep) eller så håller man sig till mer eller mindre formella definitioner (som Petrén & Ragnemalm). Närmast ett försök till åtskillnad kommer Holmberg & Stjernquist, som betonar den större självständigheten för domstolar jämfört med förvaltningsmyndigheter. För egen del anser jag att det finns goda skäl att göra en klarare uppdelning mellan rättskipning och förvaltning, och att det är möjligt att göra, vilket kommer att framgå i det följande.

5.2.5 Rättskipning enligt 1993 års domarutredning

1993 års domarutredning gör inget försök att reda ut begreppen men skriver några rader om begreppet rättskipning. Utredningen utgår från en språklig definition av rättskipningsbegreppet som sålunda skulle innebära ”den dömande verksamhet som samhället genom domstolar utövar för att upprätthålla rättsordningen”, vilket enligt utredningen kan sammanfattas med tvistlösning, frihetsberövanden av olika slag, slutgiltiga beslut om ingripande åtgärder mot enskilda, liksom dömandet i brottmål. Sammanfattningsvis är innebörden av begreppet rättskipning så som det används i Sverige väsentligen

att objektivt och opartiskt avgöra rättsliga tvister mellan enskilda intressen eller mellan ett enskilt intresse och ett allmänt intresse samt att döma i brottmål och i mål som rör allvarliga inskränkningar eller eljest ingrepp i den enskildes personliga frihet eller integritet.³²⁵

Detta sätt att definiera rättskipning var emellertid enligt utredningen alltför statiskt och tillbakablickande. Rättegångens huvuduppgift skulle faktiskt vara att bidra till ett maximalt genomslag för ändamålen bakom den materiella rätten.³²⁶ Här ger domarutredningen uttryck för en instrumentalistisk syn på domstolarnas roll som verktyg för förverkligande av politiken, alltså deras handlingsdirigerande funktion. Utredningen betonar emellertid också uppgiften för domstolarna att utgöra ett värn för den enskilde medborgaren gentemot maktmissbruk från det allmänna.³²⁷ Funktionen ”att skipa rättvisa” nämns inte av utredningen. Domstolsprocessen ger ju ofta möjlighet att i det konkreta fallet skipa materiell rättvisa mellan två parter, något som kan, men inte måste, bidra till den materiella rättens genomslag i samhället. Tro- ligen är dock denna senare inställning till domstolsprocessens funktion van-

³²⁵ SOU 1994:99 s 38 f.

³²⁶ SOU 1994:99 s 40.

³²⁷ SOU 1994:99 s 41.

ligare i common law-länder, eller i vart fall i länder som inte är så starkt påverkade av skandinavisk realism som svenska domstolar är.³²⁸

En funktion som emellertid diskuteras av utredningen är möjligheten att använda domstolarna som en arena för en i grunden rättspolitisk debatt om den gällande rättsliga regleringens berättigande och ändamålsenlighet *de lege ferenda*. Att väcka talan vid domstol kan åstadkomma publicitet, debatt och kanske på sikt lagändringar, även om processen i det enskilda fallet kanske inte blir framgångsrik. Än så länge är denna funktion emellertid långt mindre betydelsefull än i Tyskland och USA, två länder med mycket mer omfattande lagprövningsrätt för domstolarna.³²⁹

Trots lagstiftarens starka position i Sverige består, eller t.o.m. ökar, ändå den judiciella friheten vad beträffar tolkning och regelskapande. Den kraftigt ökade lagstiftningstakten och regelmassan har i stor omfattning måst hanteras genom användning av målsättningsparagrafer, generalklausuler och ramlagar. Dessa fylls med innehåll av domstolarna, ibland med vägledning av myndigheternas "allmänna råd" (vilket skapar intressanta frågor kring rättskällehierarkin) men i allmänhet med lagstiftarens frameducerade intentioner som ledstjärna snarare än några fluffiga principer. Icke desto mindre spelar domstolarnas rättsskapande funktion en viktig roll, den må vara aldrig så "inofficiell".³³⁰ Den rättsskapande funktionen är alltså i viss utsträckning även rättsskapande. I *praxis* kan domstolarna på så sätt få en roll som är mer rättsskapande (och därmed mer kvalificerad) än förvaltningsmyndigheternas mer mekaniska rättstillämpning, men många förvaltningsmyndigheter bibehåller en, förvisso begränsad, möjlighet att bidra till rättsutvecklingen genom att utfärda föreskrifter på delegation från regeringen enligt bestämmelserna i 8 kap RF.

Till frågan om rättsskipningens innebörd kommer även framväxten av nya och alternativa tvistlösningsformer, som bland annat utmanar de traditionella dikotomierna stat-individ och kollektiv-individ liksom frågan om individuella rättigheter. Ett tydligt exempel är införandet av möjligheten till grupptalan.³³¹

³²⁸ Se vidare om detta kap. 3 ovan. För diskussioner kring domstolsprocessens funktioner, se t.ex. P H Lindblom, *Progressiv process* (2000) med flera verk av densamme.

³²⁹ SOU 1994:99 s 44.

³³⁰ SOU 1994:99 s 45. Se ang. ramlagar, "undervegetationen" av myndighetsföreskrifter m.m. F Sterzel 1998 s 130 ff.

³³¹ Lag (2002:599) om grupprättegång; P.H. Lindblom 2000 s 323 ff. Se även P.B. Bertilsson 2008.

5.2.6 Domaren som rättskapare

Som antytts ovan har sannolikt den angolamerikanska domaren, på grund av case law-systemet, större frihet än sin svenska kollega att skapa rätt och att modifiera rättens innehåll i det enskilda fallet. Detta ger större möjligheter till billighetsavgöranden i de fall lagstiftningen eller den i övrigt gällande rätten skulle kunna anses ge ett orimligt resultat för den enskilde. I kontrast till detta kan man ställa den franska domaren enligt upplysningstida ideal, som snarast skulle vara en själlös maskin (*la bouche de la loi* – lagens mun), ett ideal som i sin tur uppkom i reaktion mot det ofta förekommande godtycket i domstolarna under tiden före upplysningen. Man tänkte sig att domaren mekaniskt skulle tillämpa relevant regel på den uppkomna situationen (subsumtion) utan att blanda in egna värderingar eller rättviseargument etc. Undantag var dock möjliga i de situationer som lagregel saknades, i vilket fall domaren hade möjlighet (och skyldighet) att använda sig av sedvane-rätt eller doktrin. I Sverige skedde större delen av rättsutvecklingen under 1800-talet genom domstolarnas praxis och inte genom lagstiftning. Och även den medeltida svenska lagmannen hade frihet att ”lag göra” i de fall rättsregler saknades för ett konkret fall.³³²

Den nutida svenska domarens rättskapande roll är inte lika explicit. Enligt regeringsformen är det ju riksdagen som stiftar lag (RF 1:4) och den offentliga makten utövas ”under lagarna” (RF 1:1 st 3). En sorts formell rättskällehierarki anges i RF 8 kap., men rättspraxis, förarbeten och doktrin finns inte omnämnda. Det finns ingen motsvarighet till föreskriften i 1809 års regeringsform § 47, om att domstolarna skulle döma ”efter lag och laga stadgar”; föreskriften i RF 11:2 har dock ansetts vara ett förtydligande av denna.³³³ Rätten att pröva underordnade författningar mot överordnade, och att formalpröva alla föreskrifters giltighet, finns i RF 11:14, men den bestämmelsen ger snarast en möjlighet att korrigera fel och tillämpa den ”korrekta” gällande rätten än att skapa ny rätt. Emellertid kan bestämmelsen i RF 11:2, om att ingen myndighet får bestämma hur en domstol skall döma i det enskilda fallet eller i övrigt tillämpa rättsregel i särskilt fall, betraktas som en regel om att domstolarna själva har att välja hur de skipar rätt, alltså även väljer och rangordnar rättskällorna.

Rättskälleläran, och det handlingsutrymme som domaren har i sin verksamhet, bestäms dock snarast av domar- och domstolskulturen, av den juridiska utbildningen vid universiteten och av det juridisk-teoretiska paradigm som för tillfället är förhärskande inom juristkåren, kort sagt vad juristerna i vår rättskultur anser är dels gällande rätt, dels domarens uppgift.³³⁴ Detta följer av att det är juristerna (i första hand domarna) som är de enda som

³³² SOU 1994:99 s 51. Se även kap. 3 ovan.

³³³ SOU 2007:69 s 13 f.

³³⁴ Se ovan kap. 2.

kan komma med auktoritativa och bindande avgöranden på rättens område. Även på lagstiftarnivå är juristernas inflytande avgörande. Rätt- och juristkulturerna är i sin tur formade av historiska och politiska förhållanden, och är resultatet av en lång utvecklingsprocess som naturligtvis fortgår alltjämt. Härvid går det inte att bortse från den omständigheten att även grundlagarna, som skall utgöra rättsordningens yttersta norm i någon mening, också är resultatet av en sådan historisk utveckling – och att grundlagen skulle sakna legitimitet som yttersta norm om den inte stod i överensstämmelse med nedärvda principer och tänkesätt i rättskulturen.³³⁵ Det är den svenska konstitutionella utvecklingen under 1900-talet ett exempel på, liksom försök i andra länder att välta den nedärvda konstitutionella ordningen över ända – denna har efter en tid återgått till den historiska ordningen.³³⁶ För svensk del kan vi notera att tidsperioden 1920-1970 utgjorde en parentes, under vilken ganska specifika politiska och ekonomiska omständigheter rådde: en fredlig övergång till demokrati och parlamentarism, inget deltagande i världskrigen, stark ekonomisk tillväxt och en starkt inriktning mot politisk konsensus. Detta gjorde att konstitutionella frågor kom att lösas på ett atypiskt sätt i Sverige.³³⁷

Rättskälleläran, som sätter ramarna för domarnas arbete, är alltså främst historiskt betingad. Domarna befinner sig på den spelplan som utgörs av rättskälleläran, men kan samtidigt själva över tid påverka spelplanens utformning. I denna mening behärskar domarna sin egen professionella situation – de har både auktoritet och autonomi inom sitt område. Samtidigt är det oklart hur hög medvetenheten om detta är inom domarkåren. En stor del av det mer rutinmässiga dömandet torde ske mer eller mindre intuitivt, dvs. utan att domaren tänker på hur han eller hon går tillväga vid tillämpningen av ”rättskällorna” på ett konkret fall. Det bara ”är” på ett visst sätt.³³⁸

Den omständigheten att domare i stor utsträckning medverkar i lagstiftningsarbete i Sverige har uppmärksamats av ett antal författare med domarsociologisk inriktning. John Bell menar exempelvis att domarnas medverkan i lagstiftningsarbetet kompenserar för den relativt svaga rättsskapande roll som domaren intar i mer renodlat judiciella sammanhang.³³⁹ 1993 års domarutredning ställde också frågan om det i själva verket var i denna egenskap som domarkåren främst bidrog till rättsutvecklingen, men svarade att domstolarna alltjämt hade en viktig funktion att fylla på detta område.³⁴⁰

³³⁵ Se ovan kap. 4.

³³⁶ Exempelvis de forna socialiststaterna i Central- och Östeuropa. – Ang. rättens historiskt betingade legitimitet, se exempelvis S Strömholm 1996 s 316 ff.

³³⁷ F Sterzel 1998 s 13 ff.

³³⁸ Se kap. 3 ovan och kap. 7 nedan.

³³⁹ J Bell 2006 s 295 ff.

³⁴⁰ SOU 1994:99 s 51 f.

Genom den rättsskapande funktionen skiljer sig domstolarna från förvaltningsmyndigheterna. De senare utformar i princip bara rättsregler på delegation från regeringen (RF 8 kap) och de har en låg konstitutionell valör, åtminstone formellt (även om de kan spela en stor praktisk roll). Ramlagstekniken gör det möjligt att överlåta utfyllande normgivning på förvaltningsmyndigheterna men denna är numera så gott som alltid föremål för överprövning i förvaltningsdomstol. De fall av så kallad lagprövning som förekommit i praktiken (såväl före 1974 års RF som enligt RF 11:14) har för det mesta gällt just att domstolar funnit att en förvaltningsmyndighet gått över det som delegerats till den. Förvaltningsmyndigheternas egen rättsskapande funktion har därigenom försvagats, vilket har tydliggjort skillnaden mellan de båda myndighetsslagen. Att kontrollera förvaltningen är för övrigt en klassisk funktion för domstolar och kan sägas vara ett led i att skydda lagstiftaren, så att förvaltningen inte tar sig mer makt än den fått sig tilldelad.

5.2.7 *Domarens rättsskyddande uppgift*

Redan domarreglerna gav uttryck för bilden av domaren som en beskyddare av den enskildes rättigheter gentemot det allmänna:³⁴¹

3. ...domarämbetet är för den menige mans bästa insatt, och icke för domarens eget bästa, och därför skall han bruka det den menige man, och icke sig själv, till godo, ändock det är honom väl själv med till godo, när det rätt brukar varder. Dock skall han söka det meniga bästa med ämbetet och icke sitt eget. Ty domaren är för den menige mans skull, och icke den menige man för domaren.

Man kan rentav finna stöd för en ganska fri lagtolkning i domarreglerna, där rättesnöret förefaller vara rättvisa och billighet i första hand:

6. Domaren skall grant veta lagen, där han efter döma skall, ty lagen skall vara honom för en rättelse.

7. Alla lagar skola vara sådana, att de tjäna till det meniga bästa, och därför då lagen bliver skadlig, så är det icke mera lag, utan olag, och bör avläggas.

8. En god och beskedlig domare är bättre än god lag, ty han kan alltid laga efter lägligheten. Där en ond och orättvis domare är, där hjälper god lag intet, ty han vränger och gör dem orätt efter sitt sinne.

³⁴¹ Här citeras domarreglerna ånyo, trots att detta delvis redan gjorts i kap. 4. Syftet är emellertid ett annat i detta avsnitt, varför jag tar mig friheten att göra en upprepning.

9. Det rätt och skäl icke är, det kan icke heller vara lag; för de skäl som lagen haver med sig, gillas hon.

10. All lag bör med beskedlighet driven varda: förty högsta rätt är högsta orätt, och måste nåden vara med rätten.

13. Den menige mans bästa är den yppersta lagen, och därför det som finnes den menige man till nytta vara, det bör hållas för lag, ändock att beskriven lag efter orden synes annorlunda lyda.

Förvisso tillkom domarreglerna i en tid då domstolarnas uppgifter framför allt rörde straffrättskipning och tvistlösning. Förvaltningsrätten var ännu i sin linda. Men det är ändå tydligt att domaridealet som det kommer till uttryck i domarreglerna frammanar ett mer salomoniskt ideal än vad den moderna domarrollen ger utrymme för. Domarreglernas domare skulle stå till parternas och lagens tjänst, men särskilt ta lagens bokstav med en nypa salt när så krävdes, särskilt om lagen framstod som oskälig. Naturligtvis hänger detta ihop med en statisk lagstiftning och en helt annan syn på rätten än våra dagars, men det tyder på en relativt självständig roll tidigt i historien.

Domstolarnas frihet kan kontrasteras med den roll som förvaltningen har (och hade). Uppgiften är, och har alltid varit, att förverkliga den verkställande maktens avsikter, måhända under större eget ansvar än annorstädes och med självständig tillämpning av rättsregler, men med generell lydnessplikt.

Som 1993 års domarutredning framhåller, passade domarreglernas ideal väl under flera sekler, och väl i ämbetsmannadomarens syn på yrkesrollen. Troligen var det ideal de ger uttryck för mer kontroversiellt efter demokratiens och parlamentarismens genombrott – och särskilt tydligt blir det kanske under välfärdsstatsepoken. Under denna tid betonades det tjänstemannalika i domarrollen, under påverkan av det rättsrealistiska paradigmet, varvid 1800-talets idealistiska domarideal avfärdades som metafysiska fantasier. Domaren skulle istället stå till samhällets tjänst som en opolitisk samhällsingenjör.³⁴²

Under 1990-talet vaknade ett nytt intresse för konstitutionella frågor och i diskursen har man på nytt betonat domarrollens särställning. Det har synts i ett antal rättsvetenskapliga arbeten och i offentliga utredningar och kanske i viss mån även i den offentliga debatten. Utan tvivel har Europakonventionens genomslag och den konstitutionella renässansen i Östeuropa haft betydelse för den svenska situationen härvidlag.

³⁴² SOU 1994:99 s 56.

5.3 Regeringsformens krav på domstolsväsendet

5.3.1 *Allmänt*

Den huvudsakliga, om än knapphändiga, konstitutionella regleringen av domstolsväsendet finns i regeringsformens elfte kapitel. I RF 11:1 föreskrivs sålunda att Högsta domstolen är högsta allmänna domstol och Regeringsrätten högsta förvaltningsdomstol. Där får endast den tjänstgöra som ledamot, som är eller har varit ordinarie domare i domstolen. Övriga domstolar inrättas med stöd av lag (11:1 st 2). Departementschefen ansåg att det saknades skäl att räkna upp andra typer av domstolar i RF, eftersom någon fullständig uppräknings inte kunde ske³⁴³ och det ur rättslig synpunkt saknades anledning att räkna upp en del av de övriga domstolarna i RF. Det blev således en tämligen mager reglering av domstolsväsendet i RF.³⁴⁴ (I 1809 års regeringsform fanns även hovrätterna uppräknade.) Innebörden av RF 11:1 är emellertid inte bara en uppräknings av två domstolar. Rimligen innebär bestämmelsen att det dels inte får inrättas något organ för att överpröva de högsta domstolarnas avgöranden, dels att de högsta domstolarnas kompetens inte får inskränkas i sådan omfattning att de inte längre framstår som högsta instans inom sitt respektive kompetensområde, exempelvis genom alltför stränga regler för fullföljd.³⁴⁵ Möjligen är det underförstått av formuleringen i 11:1 st 2 ("annan domstol... inrättas med stöd av lag") att det skall finnas andra domstolar i landet. Formuleringen "högsta" domstol implicerar också att det måste finnas andra domstolar; rimligen måste det finnas underställda domstolar om det finns en högsta domstol.

Domstolarna skall vara permanenta. Tillfälliga domstolar, inrättade för redan begången gärning eller i övrigt för visst mål, får inte inrättas (RF 2:11).

I övrigt finns endast en föreskrift i RF 11:4 om att domstolsorganisationens "huvuddrag" och domstolarnas rättskipningsuppgifter skall anges i lag. Sådana lagar är exempelvis rättegångsbalken, förvaltningslagen, förvaltningsprocesslagen, lagen om allmänna förvaltningsdomstolar med flera lagar som vi återkommer till. Det som faller utanför "huvuddragen" av organisationen faller således under regeringens restkompetens i RF 8:13 st 1 p 2.³⁴⁶

³⁴³ Något skäl till varför det inte kunde ske angavs inte, inte heller varför den omständigheten att någon fullständig uppräknings inte kunde ske utgjorde ett argument mot uppräknings av exempelvis hovrätterna och kammarrätterna.

³⁴⁴ Prop. 1973:90 s 380 f.

³⁴⁵ K-G Algotsson, *Sveriges författning efter EU-anslutningen* (2000) s 291 f. Frågan diskuterades i SOU 1993:14 i samband med Sveriges inträde i EU. Frågan var nämligen om HD och RegR fortfarande kunde anses vara rikets högsta domstolar i och med EG-domstolens roll som högsta uttolkare av gemenskapslagstiftningen.

³⁴⁶ E Holmberg & N Stjernquist 1980 s 373.

Enligt Petrén & Ragnemalm hör regler om domförhet och domkretsar till lagområdet; detsamma gäller bestämmelser om rättegången. En intressant detalj är att förfarandet i förvaltningsdomstol kräver lagform medan regler för handläggningen hos förvaltningsmyndigheterna kan ges i förordning. De senare är enligt förarbetena sådana ”neutrala” offentlighetsregler som faller under regeringens restkompetens enligt RF 8:13.³⁴⁷ Trots detta finns sådana regler mestadels i lag, främst i förvaltningslagen.

Petrén & Ragnemalm konstaterar vidare att det är riksdagen som genom lag bestämmer vad domstolarnas ”uppgifter” skall vara.³⁴⁸ De skall alltså bestämmas i lag (RF 11:4). Däremot förbehålls domstolarna vissa uppgifter genom andra grundlagsstadganden, exempelvis RF 2:9 och 11:11.

5.3.2 Domstolarnas självständighet

Den viktigaste bestämmelsen avseende domstolarnas självständighet återfinns i RF 11:2. Där föreskrivs att ingen myndighet, och inte heller riksdagen, får bestämma hur en domstol skall döma i det enskilda fallet eller hur en domstol i övrigt skall tillämpa en rättsregel i ett särskilt fall. I grundlagspropositionen antecknades till utveckling av detta stadgande att domstolarna vid dömande och övrig rättstillämpning har att iaktta gällande rättsregler av olika slag. Om någon myndighet utan rättsligt stöd (dvs. utanför den i RF föreskrivna normgivningsmakten) skulle meddela allmänna föreskrifter till ledning för domstolarnas handlande, är domstolarna enligt departementschefen helt obundna av dessa, vilket skulle följa redan av bestämmelsen i RF 1:1 st 3 att den offentliga makten utövas under lagarna.³⁴⁹ Bestämmelsen motsvarades av 47 § i 1809 års RF, som föreskrev att rikets hovrätter och alla andra domstolar skulle döma efter lag och laga stadgar. Författningsutredningen ville införa en liknande regel och konstaterade angående detta att domstolarna endast behövde rätta sig efter lagar och författningar, och att de till skillnad från förvaltningsmyndigheter inte behövde följa eventuella anvisningar från regeringen eller någon annan.³⁵⁰ GLB ville för sin del införa en uttrycklig bestämmelse om att domstolar och andra var bundna av rättsordningen, men denna fick alltså sin motsvarighet i RF 1:1 st 3 och 1:9.³⁵¹

³⁴⁷ Prop. 1973:90 s 210.

³⁴⁸ G Petrén & H Ragnemalm, *Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar* (1980), s 272 f.

³⁴⁹ Prop. 1973:90 s 383.

³⁵⁰ SOU 1963:17 s 273.

³⁵¹ Svea hovrätt anmärkte i sitt remissvar att formuleringen att domstolar och förvaltningsmyndigheter skulle handla i enlighet med rättsordningen syntes mindre lyckad, ”eftersom det torde älgga envar i samhället att handla i enlighet med rättsordningen”. Prop. 1973:90, bilaga 3, s 250.

I grundlagspropositionen framhöll departementschefen domstolarnas viktiga rättskipande roll, och att det bör finnas garantier för att domstolarna skall kunna inta en självständig ställning. Domstolarnas självständighet var av grundläggande betydelse för rättssäkerheten.³⁵² Innebörden av begreppet självständighet utvecklas utöver dessa uttalanden inte vidare i propositionen.

Enligt Petré & Ragnemalm innebär bestämmelsen inte bara att den dömande verksamheten är fredad från inblandning. Även domstolarnas handläggning av administrativa ärenden, som innebär tillämpning av rättsregler, omfattas av bestämmelsen; detta torde vara i överensstämmelse med lagtextens "...i övrigt tillämpa rättsregel i särskilt fall".³⁵³

Domstolarna betraktas alltså i statsrättsligt hänseende som myndigheter underordnade regeringen. Med stöd av restkompetensen i RF 8:13 st 2-3 kan regeringen alltså utfärda detaljföreskrifter om domstolarnas organisation och inre arbetsformer, vilka är statsrättsligt bindande för domstolarna. Exempelvis kan domkretsindelningen beslutas i förordningsform, eftersom den betraktas som en organisatorisk detalj.³⁵⁴

5.3.3 *Krav på ordinarie domare*

Enligt 11:1 st 3 skall det finnas ordinarie domare vid sådana domstolar som avses i paragrafen, men undantag kan göras ifråga om domstol som har inrättats för en viss bestämd grupp eller vissa bestämda grupper av mål. Även om det enligt grundlagstexten alltså skulle räcka med endast en ordinarie domare per domstol som organisatorisk enhet var dock avsikten enligt departementschefen att domstolarna i största möjliga utsträckning skulle utrustas med ordinarie domare.³⁵⁵ Vad "största möjliga utsträckning" syftar på är inte helt klart, men en rimlig tolkning av uttalandet är att man tänkte sig att bemanningen på domstolarna måste anpassas till bl.a. domarbanans behov av utbildningsplatser för fiskaler och assessorer med flera. Ännu i dagsläget fullgörs en stor del av de dömande uppgifterna, särskilt i underrätterna,

³⁵² A prop. s 380 och 383.

³⁵³ G Petré & H Ragnemalm 1980 s 270.

³⁵⁴ H Strömberg, *Normgivningsmakten* (1999), s 95 f och 155 ff.

³⁵⁵ Prop. 1973:90 s 381 f. Undantagsbestämmelsen motiverades i grundlagspropositionen med att vissa domstolar "arbetar under så speciella förhållanden att det kan vara motiverat att domarna där... är förordnade endast på viss tid", att det "för mellankommunala skatterättsens del skulle vara förenat med olägenheter att nu ställa upp ett krav på att ordinarie domare skall finnas vid domstolen" samt att det vidare inte är "otänkbart att i framtiden någon specialdomstol inrättas beträffande vilken särskilda omständigheter kommer att föreligga som motiverar ett undantag från den nyssnämnda bestämmelsen". Återigen ser vi exempel på att pragmatiska skäl styr regleringen av domstolarna och övervägandena kring denna.

av icke ordinarie domare. Detta innebär enligt Petrén & Ragnemalm ”ett minst sagt prekärt skydd för domstolarnas oberoende”.³⁵⁶

Det är inte heller helt klart vad som avses med ”ordinarie” domare. Att döma av ett uttalande i motiven till 1974 års RF torde med ”ordinarie” närmast avses en sådan domare som åtnjuter särskilt anställningsskydd.³⁵⁷ Frågan behandlades i 2001 års domarutredning, SOU 2003:102. Bland kännetecknande drag för ordinarie domare omnämndes bland annat att de anställs med fullmakt, att regeringen bestämmer vilka domaranställningar som skall vara ordinarie. Det innebär att det enligt gällande regler är regeringen som bestämmer vilka domare som skall vara ordinarie och anställas med fullmakt; RB ställer endast upp krav på att vissa domare skall vara lagfarna.³⁵⁸ Även om samtliga rådmän, lagmän, presidenter, chefsårdmän med flera i praktiken utnämns med fullmakt, är det konstitutionellt diskutabelt att regeringen ensam kan förordna om organisationen i detta avseende. 2001 års domarutredning föreslog en mer preciserad reglering om att domarna i hovrätter, kammarrätter, tingsrätter och länsrätter skall vara ordinarie.³⁵⁹

1809 års regeringsform (GRF) var utförligare på denna punkt; 17 § föreskrev att Kungl Maj:ts domsrätt skulle uppdras åt minst tolv av Kungl Maj:t utnämnda lagkunniga, erfarna och redliga personer som fullgjort vad författningarna föreskriver för dem som får nyttjas i domareämbeten. De skulle kallas justitieråd och utgöra landets högsta domstol. Det fanns också en regel som angav ett maximiantal justitieråd (sju) som fick delta i prövningen av ett mål. För regeringsrätten fanns en liknande reglering. Regeringsrätten skulle enligt 18 § GRF utgöras av minst sju personer som ”förvaltat civil beställning samt däri ådagalagt insikt, erfarenhet och redlighet”. Två tredjedelar av regeringsråden skulle vara lagfarna, en reglering som finns kvar i 3 § lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar. Bakgrunden till detta är att man vid Regeringsrättens inrättande tänkte sig att det vore lämpligt att bland regeringsråden inkludera personer som saknade formell juridisk kompetens men som hade lång erfarenhet av tjänstgöring i förvaltningen. Petrén & Ragnemalm menar dock i sin grundlagskommentar att kravet på ordinarie domare utesluter att lekmän får säte i de båda högsta domstolarna.³⁶⁰ Här finns en definitionsmässigt problem. 1991 ändrades lydelsen i RF 11:1 till att i HD och RegR ”får endast den tjänstgöra som är *eller har varit* ordinarie

³⁵⁶ G Petrén & H Ragnemalm 1980 s 269.

³⁵⁷ Prop 1973:90 s 381.

³⁵⁸ RB 1:2, 2:3. RF 11:1 föreskriver att regeringsråd och justitieråd skall vara ordinarie domare. Enligt 3 § lagen (1994:261) om fullmaktsanställning bestämmer regeringen vilka domaranställningar som skall vara ordinarie.

³⁵⁹ SOU 2003:102 s 330 ff.

³⁶⁰ G Petrén & H Ragnemalm 1980 s 269.

domare i domstolen”. Detta öppnade upp för vikarier i de högsta instanserna, något som i princip inte hade varit tillåtet med den tidigare lydelsen.³⁶¹

5.3.4 *Diskussioner kring domstolarna under remissförfarandet*

Även regleringen av domstolsväsendets organisation var föremål för debatt under remissförfarandet till GLB. Regeringsrätten menade att det hade varit önskvärt att tydligare klarlägga vilka myndigheter som skall betecknas som domstolar och således lyda under grundlagens bestämmelser om domstolar. Samma instans kritiserade terminologin ”allmän domstol – allmän förvaltningsdomstol – annan domstol” som alltför oklar. I vilken utsträckning domstolsväsendets organisation skulle upptas i grundlag var också en knepig fråga: en viktig fråga var nämligen enligt Regeringsrätten hur domstolarnas eget inflytande över sin organisation skulle kunna säkerställas, för att förhindra ”att deras författningssenliga uppgifter urholkas genom att befogenheter ifråga om administrationen av domstolarna tilläggs andra organ”.³⁶² Som läsare kan man lätt förledas att tro att det är det ännu inte inrättade Domstolsverket som spökar i yttrandet.

Beträffande domstolarnas sammansättning hade GLB föreslagit lydelsen ”I högsta domstolen eller regeringsrätten får endast den tjänstgöra som har utnämnts till ordinarie domare i domstolen. Vid annan domstol skall finnas minst en ordinarie domare”.³⁶³ Första meningen fick medhåll av de flesta remissinstanser, medan den andra blev föremål för kritik. Bland annat konstaterades att en sådan regel skulle ha ringa betydelse för stora domstolar (som är indelade i avdelningar) och för överrätter. Flera remissinstanser, bland andra Riksåklagaren, Regeringsrätten, Riksdagens ombudsmän och kammarrätten i Göteborg, önskade ett grundlagsstadgande med innebörden att i princip alla domare skulle vara ordinarie, med möjlighet till undantag i lag.³⁶⁴ Departementschefen yttrade för sin del att det skulle rimma bäst med domstolarnas självständiga ställning om ”domstolarnas dömande befattningshavare i största möjliga utsträckning utgörs av domare som åtnjuter ett sådant anställningsskydd som nu tillkommer ordinarie domare” men att det av ”organisatoriska skäl” inte skulle vara möjligt att uppställa en sådan regel i RF.³⁶⁵ Konstitutionsutskottet uttalade under propositionsbehandlingen att ”det knappast kan komma i fråga att göra domstolsbegreppet beroende av

³⁶¹ Prop. 1990/91:66. Jfr Petrén & Ragnemalm s 269.

³⁶² Prop. 1973:90, bilaga 3, s 244.

³⁶³ Prop. 1973:90, bilaga 3, s 18.

³⁶⁴ Prop. 1973:90, bilaga 3, s 245.

³⁶⁵ Prop. 1973:90 s 381.

om i domstolen finns ordinarie domare eller ej” liksom att det måste vara möjligt att i framtiden inrätta specialdomstolar och organisera dem på ett ”rationellt” sätt.³⁶⁶ Holmberg & Stjernquist noterar att det krav som ställts upp i RF är tämligen blygsamt men att det berodde på att man ville hålla fast vid systemet med visstidsförordnanden för ordförandena i arbetsdomstolen och marknadsdomstolen, samt att man ville ha händerna fria inför inrättandet av eventuella framtida specialdomstolar.³⁶⁷ Alldeles oavsett departementschefens uttalande i propositionen får man av den faktiska regleringen intrycket att friheten att inrätta specialdomstolar av allehanda slag var viktigare än att bemanna domstolarna med ordinarie domare. Det professionella monopol för domare fick stå tillbaka för statsmakternas behov av flexibilitet o organisationen.

5.3.5 Grundlagsfäst kompetensmonopol för de högsta instanserna?

En fråga i sammanhanget är i vilken utsträckning rätten att fullfölja talan till HD och Regeringsrätten kan inskränkas genom lag. Frågan diskuterades inte så mycket i anslutning till grundlagspropositionen, men dök upp i slutet av 1970-talet i ett patentlagstiftningsärende.³⁶⁸ Ett förslag gick ut på att göra patentbesvärsrätten till sista instans i patentmål. Departementschefen och lagrådet hade i detta ärende olika uppfattningar. Lagrådets uppfattning förefaller ha gått ut på att Regeringsrättens ställning som högsta förvaltningsdomstol inte tillåter kompetensöverföringar i en utsträckning som skulle kunna äventyra dess grundlagsfästa position i detta avseende. I första hand torde det enligt Petrén & Ragsa flgäella Regeringsrättensbefo gehket att som sista instansav göra”urg rättsäkerhkessynpunktt btyldese fulaD och av fråoer somteraiaationell tansätsm höra till

beförghke. (Departementschefenäm snm sdna mnas-)]Tj]T[(en att inebör(denrav tadgtand ortfaörand()Tj]T6 1 Tf4.75.52 0 TD0 Tc2principinell8

propositionen uttalade att regeringsformen inte hindrar ”att genom vanlig lag nya domstolar inrättas, målgrupper överförs från en domstol till en annan och fullföljdrätten beskärs”.³⁷⁰

5.3.6 *Kritiska synpunkter på diskussionen under remissförfarandet*

Vid genomläsningen av remissyttrandena och departementschefens yttranden i propositionen är det påfallande hur luddigt den senare formulerar sig. Konkreta förslag från mycket tunga remissinstanser bemöts sällan, alternativt med svepande formuleringar av typen ”det finns skäl som talar för...” eller ”skäl saknas...”. Den närmare argumentationen är vag. Detsamma kan sägas om KU-betänkandet (typisk lokution: ”utskottet har inte funnit anledning att frånga propositionens förslag på denna punkt.”). Det är också frapperande hur hela arbetet verkar genomsyras av en strävan att beskriva det aktuella tillståndet vid propositionens framläggande; i nu aktuella avseenden verkar det saknas ambitioner att *föreskriva* något eller att *föreslå något nytt*. Flera remissinstanser beklagade också grundlagberedningens tidsbundenhet, exempelvis SACO, som kände

viss tvekan inför en grundlagsreform som i huvudsak inskränker sig till en kodifiering av vissa regler, nämligen de regler som har tett sig rimliga och lämpliga just under den tid de har vuxit fram. Då grundlag skrives är enligt SACO en naturlig utgångspunkt att söka ge lagen en utformning som i sina huvudlinjer står sig under lång tid. Dock saknas överväganden i motivtexterna om reglernas lämplighet sett i ett långt tidsperspektiv, om reglernas betydelse vid förändringar i balansen mellan skilda maktcentra i samhället, om möjligheten att med dessa regler möta sådana politiskt allvarliga situationer från vilka riket under nyare tid varit befriat.³⁷¹

Högsta domstolens ledamöter anmärkte att många viktiga ämnen hade utlämnats, såsom individens skydd mot lagstiftningsmakten, minoritetsskydd och förhållandet mellan stat och kommun. Länsstyrelsen i Jönköpings län yttrade:

Bl.a. är det risk för mindre lämplig ordning och för en godtycklig osäkerhet i tillämpningen, när inte erfarenheterna från gällande lag har behandlats och gällande rätt har analyserats i en utförlig motivering. [...] Bestämmelserna relateras i ganska ringa grad till konstitutionell praxis

³⁷⁰ KU 1973:26 s 69.

³⁷¹ Prop. 1973:90, bilaga 3, s 80.

och betänkandet synes endast i ringa grad ansluta till den historiska utvecklingen.³⁷²

LO kritiserade att det saknades utredningsunderlag för andra lösningar än de som GLB föreslog.³⁷³ Och regeringsrätten sågade förslaget i samma ordalag som SACO:

Motiven är genomgående knapphändiga och föga upplysande. Icke sällan består de i en deklaration att en viss rättsregel bör ha den eller den innebörden, utan att grunderna närmare redovisas. [...] Förslagets karaktär av överenskommelse mellan de i beredningen ingående riksdagspartierna avspeglas i en *stark bundenhet till dagens svenska förhållanden* och en utformning av grundlagsbuden lämpad för sådana problem som de nuvarande politiska partiernas företrädare kan vänta sig att möta. Det sagda innebär å ena sidan att förslaget endast i *ringa mån anknyter till den konstitutionella traditionen i Sverige* eller tillgodogör sig andra staters erfarenheter i fråga om konstitutionella problems lösning samt å andra sidan att förslaget innehåller föga av analys rörande framtida behov på det konstitutionella området. [...] Grundlagberedningen drar ett streck över hela den hittillsvarande utvecklingen på det statsrättsliga området.³⁷⁴ (mina kurs.)

Justitiekanslern kritiserade förslagets brist på klarhet och menade att det som helhet inte fyllde de krav man vill ställa på en grundlag.³⁷⁵ Svea hovrätt hade också allvarlig kritik:

...GLB har väl tillgodosett den ideologiska synpunkten men i väsentligt mindre mån de övriga. Allmänna överväganden om folksuveränitetens och parlamentarismens principer syns ha varit bestämmande både för förslagets disposition och uppbyggnad i stort och för de närmare lagtekhniska konstruktionerna. [...] En genomgående strävan har varit att framhäva riksdagens ställning i statslivet. Detta har betraktats som en konsekvens av folksuveränitetens och parlamentarismens principer. Man kan med viss fog ifrågasätta denna uppfattning. [...] GLB:s förslag inrymmer en besvärande spänning mellan fiktion och realitet i fråga om regeringen och riksdagen. ... Man kan inte värja sig för intrycket, att GLB är tillfreds med att riksdagen "framstår som" den centrala och dominerande statsmakten.³⁷⁶

³⁷² Prop. 1973:90, bilaga 3, s 81.

³⁷³ Prop. 1973:90, bilaga 3, s 81.

³⁷⁴ Prop. 1973:90, bilaga 3, s 81 f.

³⁷⁵ Prop. 1973:90, bilaga 3, s 82.

³⁷⁶ Prop. 1973:90, bilaga 3, s 83 f. Jfr de senaste årens debatt om hur den verkställande makten, inte minst regeringschefen, stärkts på folkrepresentationens bekostnad. NOT

Hovrätten menade att åtgärden att sätta riksdagen i centrum i grundlagstexten inte motsvarades av någon verklig avsikt; den reella makten skulle fortfarande ligga hos regeringen.³⁷⁷

En kanske i detta sammanhang lite oväntad remissinstans – Chefen för armén – var ovanligt framsynt, att döma av läget över 30 år senare: han framhöll att beredningens förslag var en ”utpräglad aktualitetsprodukt” och att ”betydande osäkerhet måste föreligga, hur en så nutidspräglad författningsprodukt kan fungera i en oviss framtid”.³⁷⁸ Åter andra remissinstanser hade liknande kritik.

Även övergivandet av maktodelningsprincipen i 1809 års RF och övergången till folksuveränitetsprincipen behandlas av olika domstolar som remissinstanser. Svea hovrätt ansåg att innebörden och konsekvenserna av denna förändring inte diskuterats ordentligt; dessutom var det påfallande hur frågorna om medborgerliga rättigheter och om konstitutionell kontroll knappt hade ägnats något intresse.³⁷⁹ Kammarrätten i Göteborg intog motsatt ståndpunkt: kritik mot det föreslagna styrelseskicket i regeringsformen ”torde enligt kammarrätten böttna i att man inte är beredd att helt förlika sig med folksuveränitetens idé utan gärna ser att maktbefogenheter ges åt minoriteter på majoritetens bekostnad eller att maktbefogenheterna ökas hos organ, som inte kan anses ha sin makt mer eller mindre direkt från folkmajoriteten”.³⁸⁰

Genomgången av de samlade remissvaren ger sammantaget ett intryck av mycket stark och allvarligt formulerad kritik mot Grundlagberedningens förslag från de allra flesta remissinstanserna. Att denna kritik inte ledde till förändringar i lagstiftningsskedet framstår mot bakgrund av detta som underligt.

³⁷⁷ Jfr. O Petersson, *Den offentliga makten* (2007) s 55: ”Konstitutionellt framstår Sverige som ett lättstyrt land. Det finns få grundlagsmässiga hinder för en parlamentarisk majoritet att via regering och myndigheter genomdriva sin politik. Med vissa undantag, såsom en självständig centralbank och en oberoende riksrevision, kan regeringen styra den offentliga sektorn genom administrativa, personella, rättsliga och ekonomiska instrument.” Se även H Wockelberg, *Den svenska förvaltningsmodellen* (2003) s 333 ff.

³⁷⁸ Prop. 1973:90, bilaga 3, s 85. Man kan tänka sig att just denna remissinstans hade mer extrema konstitutionella situationer i åtanke, såsom ockupation, statskupp eller liknande. Ett av syftena med en grundlag är ju just att skydda det demokratiska styrelseskicket mot sådana hot. Ett sådant tänkesätt förefaller emellertid inte ha varit det viktigaste för grundlagsstiftarna.

³⁷⁹ Prop. 1973:90, bilaga 3, s 88.

³⁸⁰ Prop. 1973:90, bilaga 3, s 87.

5.4 Domstolarnas exklusiva kompetens på vissa områden

5.4.1 Inledning

Syftet med detta avsnitt är att presentera vilka befogenheter som lagstiftaren har reserverat för domstolarna. På så sätt kan man få en tydligare uppfattning om vad som utmärker domstolarnas verksamhet (och t.ex. skiljer dem från förvaltningsmyndigheter) i lagstiftarens ögon.

5.4.2 Rättstvister mellan enskilda

Enligt RF 11:3 får rättstvister mellan enskilda (vad vi normalt benämner tvistemål eller civilmål) inte utan stöd i lag avgöras av annan myndighet än domstol. Med ”rättstvist mellan enskilda” menades enligt departementschefen ”sådana tvister som rör enskildas inbördes rättigheter, skyldigheter eller rättsliga ställning men däremot inte fall där en enskild motsätter sig en av annan gjord ansökan och där det är offentligrättsliga och inte privaträttsliga synpunkter som skall vara avgörande för utgången”.³⁸¹ Huvudregeln är alltså att tvistemål skall behandlas av allmän domstol, men att göra undantag från denna regel är inte särskilt svårt. Ett vanligt exempel på en domstolsliknande nämnd som dömer i tvistemål är hyresnämnderna. Dessa handlägger hyrestvister i enlighet med 12 kap 68 § jordabalken och 4 § lagen (1973:188) om arrendenämnder och hyresnämnder. 5 § nämnda lag anger att ordföranden skall vara lagfaren domare.

I detta avseende gick grundlagspropositionen ett steg längre än grundlagberedningen, såtillvida att GLB hade nöjt sig med att endast föreslå att rättstvister mellan enskilda *slutligt* skulle avgöras av domstol i de fall de tvistande inte kunnat komma överens, medan regeringens förslag gick ut på att tvistemål i princip skulle höra till domstol även i första instans. Möjligheten att överföra tvistemålsrättskipning till andra myndigheter skulle finnas kvar, men som en undantagsmöjlighet.³⁸² Bestämmelsens formulering hindrar emellertid inte att all tvistemålsrättskipning förläggs till administrativa myndigheter, vilket regeringsrättens ledamöter konstaterade i sitt remissvar; enligt regeringsrätten saknade stadgandet mening i dess nuvarande form.³⁸³

³⁸¹ Prop. 1973:90 s 385.

³⁸² A. st.

³⁸³ Prop. 1973:90, bilaga 3, s 254.

5.4.3 Straffrättskipning

I RF 2:9 (vartill hänvisas i RF 11:3 st 1) finns en något krånglig reglering av rätten till domstolsprövning vid frihetsberövande. Har någon annan myndighet än domstol berövat någon medborgare friheten *med anledning av brott eller misstanke om brott* skall denne kunna få frihetsberövandet prövat av domstol utan oskäligt dröjsmål. Domstolsprövningen kommer till stånd först vid en eventuell häktningsframställan; friges den gripne eller anhållne innan dess, går det inte att få någon domstolsprövning beträffande frihetsberövandets laglighet. Syftet med regeln är alltså i första hand att möjliggöra snabb frigivning av den som felaktigt omhändertagits, gripits eller anhållits.³⁸⁴ Bortsett från detta lilla undantag är rätten till domstolsprövning vid frihetsberövande en absolut rättighet, som inte kan modifieras via vanlig lagstiftning.

Vad gäller administrativa frihetsberövanden, exempelvis tvångsvård av missbrukare eller psykiskt sjuka, ger RF möjlighet till förfaranden i domstolsliknande nämnder under förutsättning att nämndens ordförande är eller har varit ordinarie domare (RF 2:9 st 2). Det typiska exemplet var de numera avskaffade psykiatriska nämnderna. Om föreskrifter för en viss typ av frihetsberövanden saknas skall dock prövningen ankomma på allmän domstol (RF 2:9 st 3). – Detta sköts numera av förvaltningsdomstolar, se exempelvis LVM 15 §, LVU 7 § och smittskyddslagen 38-39 §§. Det kan vara värt att notera att rätten till domstolsprövning främst gäller svenska medborgare; samma regler gäller vid frihetsberövande vid misstanke om brott (RF 2:22 p 4) men vid andra frihetsberövanden gäller en svagare presumtion, med innebörden att samma rätt till domstolsprövning finns *om inte annat följer av särskilda föreskrifter i lag* (RF 2:22 st 2 p 5). Detta har utnyttjats i utlänningslagstiftningen, som innehåller särskilda regler om förvarstagande av personer som skall avvisas från Sverige. Även sådana förvarstaganden medför dock en viss svagare rätt till domstolsprövning (UtlL 7:7).

Syftet med den nuvarande regleringen var enligt GLB att myndighetsutövning av straffrättskipningsnatur, med vilket skulle förstås inte enbart ådömande av brottspåföljder utan även beslut om särskild rättsverkan m.m., aldrig slutligt skulle kunna undandras domstolsprövning, utom beträffande frihetsberövanden i utlänningsärenden. Departementschefen jämkade detta i sitt förslag till att bara avse frihetsberövanden på grund av brott eller misstanke om brott, för att inte regleringen skulle omfatta även strafförelägganden m.m. Beträffande utlänningsärendena ville regeringen inte utvidga rätten till domstolsprövning i grundlagen eftersom det samtidigt pågick remissbehandling av ett förslag med denna innebörd. Således anpassade man förslaget till grundlagsreglering för det inte skulle komma i konflikt med ett

³⁸⁴ G Petrén & H Ragnemalm 1980 s 61.

pågående lagstiftningsärende (!).³⁸⁵ Tydligare kanske det inte går att uttrycka hur man såg på regeringsformen under arbetet med dess tillkomst; inte som ett dokument med normerande inverkan på lägre normnivåer utan som en beskrivning av det tillfälliga rättsläget.

Beträffande sådana nämnder som skulle kunna handlägga frågor om vissa typer av administrativa frihetsberövanden, uttalade departementschefen att även om nämnderna enligt svenskt betraktelsesätt inte skulle vara att anse som domstolar, skulle de med hänsyn till uppgifternas art, nämndens sammansättning och utredningsmöjligheter samt självständigheten gentemot regering och andra myndigheter folkrättsligt få betraktas som domstolar i den mening som avsågs i EKMR.³⁸⁶

En viktig tilläggsregel finns i RF 2:9 st 3. Där föreskrivs att om inget meddelas om vilken domstol etc. som är behörig i fall som avses i första eller andra stycket, så skall prövning ankomma på allmän domstol. Enligt motiven avses den tingsrätt inom vilkens jurisdiktionsområde den anhållne sitter i förvar.

5.4.4 De extraordinära rättsmedlen m.m.

I 11 kapitlet RF finns ett antal särskilda befogenheter för domstolarna. Dels gäller det de extraordinära rättsmedlen, dels regeringsrättens rättsprövande uppgifter enligt lagen (2006:304) om rättsprövning av vissa regeringsbeslut, Rättsprövningslagen.³⁸⁷

Enligt RF 11:11 skall resning i avgjort ärende eller återställande av försutten tid (restitutio fatalium) beviljas av Regeringsrätten eller, i den mån det är föreskrivet i lag, av en lägre förvaltningsdomstol. Detta gäller i ärenden då regeringen, en förvaltningsdomstol eller en förvaltningsmyndighet är sista instans. I annat fall beslutar HD eller annan allmän domstol som inte är förvaltningsdomstol.

Resningsinstitutet finns till för att ett avgörande som egentligen är slutligt skall kunna ändras för att s.k. materiell rättvisa skall kunna uppnås. Det kan exempelvis inträffa att nya bevis dyker upp eller att gamla bevis visat sig falska, eller att rättstillämpningen var felaktig. Resningsinstitutet tar därvid sikte på avgörandets materiella innehåll. Återställande av försutten tid är av

³⁸⁵ Prop 1973:90 s 384 ff.

³⁸⁶ Se nedan avsnitt 5.5.

³⁸⁷ Till dessa kommer regeringens särskilda befogenheter att bevilja dispens, nåd och abolition i enlighet med RF 11:12-13. Dessa faller utanför ramarna för detta arbete. Det kan dock anmärkas att beslut om omvandling av livstids fängelse numera handläggs av domstol (Örebro tingsrätt som första instans) och inte som tidigare av regeringen. Ändringen kom till stånd genom lagen (2006:45) om omvandling av fängelse på livstid. Se även prop. 2005/06:35. Regeringens rätt att meddela nåd enligt regeringsformen finns kvar som tidigare.

mer processuell natur (exempelvis att någon har missat tiden för ett överklagande) och kan beviljas när den klagande har giltiga skäl för detta. Kraven för beviljande av resning eller återställande av försutten tid är stränga.³⁸⁸ Praxis i förvaltningsdomstolarna är dock relativt fri i förhållanden till regleringen i RB.³⁸⁹

Särskilt resningsinstitutet har betydelse inte bara för det judiciella och administrativa rättsskyddet utan spelar även en central roll i det konstitutionella kontrollsystemet. Principiellt innebär det nämligen att domstolarna kan kontrollera beslut som har fattats av regeringen som slutinstans. Den praktiska betydelsen av detta konstitutionella kontrollinstrument skall dock inte överdrivas.³⁹⁰

Ytterligare en särskild befogenhet för domstolarna att pröva saker som normalt ligger utanför deras kompetens infördes 1988 i och med rättsprövningslagen. Syftet med lagen var att uppfylla kraven enligt Europakonventionens art 6 om rätt till domstolsprövning av beslut angående tvister om s.k. civila rättigheter och skyldigheter. En hel del lagar och andra föreskrifter på det förvaltningsrättsliga området erbjuder nämligen inga möjligheter till överklagande. Resning accepterades inte som ett adekvat rättsmedel av Europadomstolen.³⁹¹

Till skillnad från den fria bedömningen vid resningsansökningar är Regeringsrätten tvungen att rättspröva när lagens förutsättningar är uppfyllda. Det kan exempelvis röra sig om regeringsbeslut som inte kan prövas i domstol på annat sätt, som utgör myndighetsutövning och dessutom kan hänföras till området för 8:3 (betungande offentlig rätt), dock inte skatter och avgifter. Prövningen av om ett visst beslut är rättsenligt kan innefatta alltifrån frågor om beslutets laglighet till faktabedömning och bevisvärdering. Resultatet av prövningen är att beslutet fastställs eller kasseras. Kassation innebär beslutets upphävande och eventuellt återförvisande till beslutsmyndigheten.

Enligt Warnling-Nerep m.fl. har Regeringsrättens praxis visat att rättsprövningslagen har varit värdefull, där den svenska ordningen för domstolsprövning annars på ett uppseendeväckande sätt skulle ha brustit i förhållande till europarättsliga krav på domstolsprövning.³⁹²

³⁸⁸ Se RB 58 kap. och AFDL 2 § 2 st och 6 §.

³⁸⁹ G Petrén & H Ragnemalm 1980 s 294 f.

³⁹⁰ E Holmberg & N Stjernquist 1980 s 392 och G Petrén & H Ragnemalm 1980 s 292 ff med där anförd äldre litteratur och rättsfall.

³⁹¹ W Warnling-Nerep m.fl. 2005 s 127.

³⁹² W Warnling-Nerep m.fl., *Statsrättens grunder* (2005) s 127.

5.4.5 *Utnämning och skiljande från tjänsten*

Enligt RF 11:9 skall tjänster vid domstolar, i likhet med tjänster vid förvaltningsmyndigheter som lyder under regeringen, tillsättas av regeringen eller av den myndighet regeringen bestämmer (st 1). Tillsättningsförfarandet är alltså, så långt RF angår, detsamma för domare och de flesta andra statliga tjänstemän. Vid remissförfarandet till 1974 års RF hade framkommit önskemål om dels ett särskilt tillsättningsförfarande för domare för att säkerställa domstolarnas oavhängighet, dels att möjligheten att delegera tillsättningen av vissa tjänster. HD menade att tjänst som ordinarie domare, med hänsyn till domstolarnas ställning enligt grundlagen, undantagslöst borde tillsättas av regeringen.³⁹³ Majoriteten i Regeringsrätten ansåg att det hade varit lämpligt med en utförligare utredning av tillsättningsförfarandet, och hänvisade därvid till att det i andra länders rättssystem förekommer särskilda förfaranden i syfte att säkerställa domarnas oavhängighet, något som kunde vara att överväga även för svensk del. I varje fall borde det inte komma på fråga att ordinarie domartjänst tillsätts av förvaltningsmyndighet.³⁹⁴ Regeringsråden Hjern och Petrén uttalade för egen del:

Frågan om tillsättningen av domare är ett viktigt problem, som förtjänar ingående överväganden, om man accepterar grundsatsen att domstolarna har ett särskilt konstitutionellt ansvar för rättsordningens iakttagande. Att domarutnämningarna hitills ankommit på Kungl. Maj:t, dvs. numera på regeringen, är historiskt sett självklart. Detta arrangemang är ett arv från den tid då domarmakten ingick som en del i Konungens befogenheter. I och med att domstolarna erkännes spela en självständig roll och anses vara i alla avseenden oavhängiga av regeringsmakten, ter sig vårt traditionella system från olika synpunkter dubiöst. [...] Att tillsättningen av dem, som i domstolarna skall fullgöra den rättsliga kontrollfunktionen i samhället, läggs uteslutande på en regering av denna typ [folksuveränitet – parlamentarism - proportionalitet – ev. majoritetsregering] är oförenligt med det system, varpå förslaget vilar.³⁹⁵

Två andra regeringsråd, Hellner och Sjöberg, menade däremot att det inte behövdes ytterligare åtgärder för att säkerställa domstolarnas oavhängighet; det skulle räcka med kraven på förtjänst och skicklighet.³⁹⁶ Regeringsrätten som helhet ansåg att det vore lämpligt med bestämmelser om kvalifika-

³⁹³ Prop. 1973:90, bilaga 3, s 264.

³⁹⁴ A. st.

³⁹⁵ A. st.

³⁹⁶ A. st.

tionskrav för domare i HD och Regeringsrätten direkt i RF samt en föreskrift om att kvalifikationskraven för övriga domare borde fastställas i lag.³⁹⁷

Departementschefen avvisade dessa förslag med motiveringen att något speciellt tillsättningsförfarande för domartjänster inte behövdes med tanke på ”all hittillsvarande erfarenhet” och att det skulle vara olämpligt att binda administrationen av domstolsväsendet med ett delegationsförbud.³⁹⁸ Han fick medhåll av KU, som menade att det inte förelåg något behov av utredning om inrättande av en nämnd för utseende av högre domartjänster.³⁹⁹

Även om RF 11:9 öppnar en möjlighet för regeringen att delegera alla tjänstetillsättningar, t.ex. av domare till Domstolsverket eller enskilda domstolar eller något annat organ, så förhindras en sådan delegering av RB 4:2 samt 3, 10 och 15 §§ lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar. Det är således regeringen som utnämner alla domare trots formuleringen i RF.⁴⁰⁰ Två utredningar under 1990-talet föreslog att delegationsmöjligheten skulle avskaffas, liksom den senaste grundlagsutredningen.⁴⁰¹

I RF 11:9 andra stycket föreskrivs att det vid tillsättning av statlig tjänst skall fästas avseende endast vid sakliga grunder, såsom förtjänst och skicklighet. Med ”skicklighet” avses enligt motiven vanligen lämpligheten för befattningen, ådagalagd genom teoretisk och praktisk utbildning och den dittillsvarande verksamhetens art; med ”förtjänst” avses huvudsakligen den vana som förvärvats genom föregående tjänstgöring.⁴⁰² Enligt lagen (1994:260) om offentlig anställning (LOA) 4:3 skall skickligheten sättas främst om det inte finns särskilda skäl för något annat. Den omständigheten

³⁹⁷ Prop. 1973:90, bilaga 3, s 266. Se nedan om den nuvarande regleringen i detta avseende.

³⁹⁸ A. prop. s 405.

³⁹⁹ Detta hade föreslagits i motion 1973:1884 av en herr Lidgard (m). Några skäl för KU:s ställningstagande angavs inte i betänkandet. KU 1973:26 s 72.

⁴⁰⁰ I SOU 2000:99 föreslås att möjligheten att delegera tillsättningen av domartjänster avskaffas.

⁴⁰¹ SOU 1994:99 och SOU 2000:99. Även Grundlagsutredningen har föreslagit detta, SOU 2008:125 s 326.

⁴⁰² A. prop. s 405 f. Som kuriosum kan nämnas att ett par remissyttranden ifrågasatte om det inte av bl.a. arbetsmarknadspolitiska och lokaliseringspolitiska skäl skulle bli erforderligt med undantag från principen om förtjänst och skicklighet som enda tillsättningsgrunder. Tanken kanske var god, men man funderar över vad som hade kunnat bli följden av detta. Formuleringen kritiserades vid utskottsbehandlingen och i KU:s betänkande framhölls att invägningen av arbetsmarknads- och lokaliseringspolitiska hänsyn skulle ske på ett sådant sätt att den enskildes rättssäkerhet inte skulle hamna i fara. KU 1973:26 s 72 och 129. – Något förvånande ifrågasatte riksdagens ombudsmän om inte specialregeln om objektivitet vid tjänstetillsättning kunde leda till en bundenhet i prövningen som kunde bli till nackdel för statsnyttan utan att innebära någon sakligt befogad fördel i trygghetshänseende för tjänstemännen (!). Man frågar sig hur JO såg på sin uppgift – att slå vakt om rättssäkerheten (som tjänar på objektiv tjänstetillsättning) eller tjänstemännens trygghet. Departementschefen höll med JO om detta varför man införde skrivningen ”endast sakliga grunder, såsom förtjänst och skicklighet” (min kurs.) i det slutliga förslaget, till skillnad från beredningen som föreslog att endast förtjänst och skicklighet skulle vara utslagsgivande. A prop. s 406 och 404.

att även andra ”sakliga grunder” får åberopas innebär t.ex. att kön kan beaktas vid tillsättning av befattningar där det ena könet är underrepresenterat.

Under 1980-talet började tillsättningsgrunden ”skicklighet” tillmätas ökad betydelse på bekostnad av ”förtjänst”.⁴⁰³ Det hör till sakens natur att skicklighet är en vagare och mer subjektiv tillsättningsgrund än förtjänst. Troligen är den också ett bättre styrningsverktyg, dvs. den ger bättre möjligheter att tillsätta den som anses vara mest ”skicklig” för en viss uppgift. Det ligger också i linje med tillsättningsförfaranden i privat sektor, där skicklighet (i betydelsen ”framtida duglighet”) rimligen tillmäts större betydelse än ”förtjänst”, även om tidigare meriter naturligtvis kan ha stor betydelse för möjligheten att klara av vissa uppgifter. För förvaltningen generellt är det alltså inte orimligt att tala om en tilltagande ”subjektifiering” av tillsättningsgrunderna, även om mer forskning behövs för att bekräfta ett sådant påstående. Att skickligheten numera anses viktigare bekräftas av färskt material från Domstolsverket och TFN.⁴⁰⁴

Ordinarie domare åtnjuter ett särskilt anställningsskydd enligt RF 11:5. Ordinarie domare kan endast skiljas från tjänsten om han eller hon genom brott eller grovt eller upprepat åsidosättande av tjänsteåliggande har visat sig uppenbart olämplig att inneha tjänsten, eller om han eller hon har uppnått gällande pensionsålder eller annars enligt lag är skyldig att avgå med pension. Domaren har alltid rätt att få ett beslut om avsked prövat i domstol. Detsamma gäller beslut om suspension eller åläggande att genomgå läkarundersökning. Åtal mot underrättsdomare skall tas upp i hovrätten som första instans, RB 2:2.

Förändringarna i domarnas anställningsförhållanden som infördes i och med 1974 års RF var ett led i en allmän rörelse mot en ”privatisering” av det offentliga anställningsförhållandet. Särskilt kom detta till uttryck i den s.k. ämbetsansvarskommittén (SOU 1972:1), som föreslog en fullständig övergång till en privaträttslig syn på det offentliga anställningsförhållandet. Tanken var att offentliga anställningar skulle likna anställningar på den privata arbetsmarknaden. De tidigare brottspåföljderna suspension och avsättning skulle avskaffas. Orden ”grovt eller upprepat åsidosättande av tjänsteåliggande” tar sikte på sådana fel i tjänsten som före 1975 var att anse som brottsliga. Efter lagändringar 1975 betraktades de som privaträttslig avskedsanledning. Sedan tjänstefelsansvaret (BrB 20:1) återinförts 1989 finns emellertid möjligheten till avsked utan föregående brott kvar.⁴⁰⁵

Holmberg och Stjernquist påpekar att skyddet för domarnas självständighet inte nödvändigtvis är starkare nu än under GRF. Den äldre ordningen medförde nämligen med automatik prövning av allmän domstol, efter-

⁴⁰³ Äng. denna utveckling, se K G Ekeberg 2008 s 107 ff.

⁴⁰⁴ Se nedan kap. 6.

⁴⁰⁵ E Holmberg & N Stjernquist m.fl. 2003 s 206.

som proceduren var straffrättslig. Numera prövas avskedsfrågor av en förvaltningsmyndighet (Statens ansvarsnämnd)⁴⁰⁶ och i sista instans av Arbetsdomstolen, som ju är sammansatt av arbetsmarknadsparter och som varit föremål för kontroverser av denna anledning. Numera skall AD:s ordförande vara ordinarie domare, vilket medför att rättssäkerhetskravet är något bättre tillgodosett än tidigare, då dessa hade tidsbegränsade förordnanden.⁴⁰⁷ Det är emellertid anmärkningsvärt att vi under lång tid hade den paradoxala ordningen, att en ordinarie domares anställningsförhållande kunde komma att avgöras av en icke ordinarie domare. Att detta nu har ändrats tyder på att man ansåg den tidigare situationen principiellt betänklig.

Domare utan tillhörighet till facklig organisation kan vara illa ställda vid ett avsked; dessa får väcka talan vid tingsrätt med möjlighet att överklaga till AD. Holmberg och Stjernquist anmärker även att advokater har ett starkare skydd för sin anställning än domare, eftersom de vid uteslutning ur advokatsamfundet enligt RB 8:8 alltid kan överklaga till Högsta domstolen utan krav på prövningstillstånd.⁴⁰⁸ Någon liknande rätt finns inte för domare.

För domarna i de högsta domstolarna, Högsta domstolen och Regeringsrätten, gäller delvis speciella regler. Åtal mot justitie- eller regeringsråd skall väckas direkt i HD (RF 12:8 st 1). Likaledes skall HD alltid pröva frågor om avsked eller avstängning av justitie- eller regeringsråd (RF 12:8 st 2). Endast JO och JK kan väcka sådan talan.

För icke ordinarie domare regleras anställningsförhållandena av lagen om offentlig anställning. Det innebär att de saknar särskilt lagfäst anställningsskydd. Här bör noteras att en stor andel av de dömande funktionerna utförs av icke ordinarie domare som är under utbildning.⁴⁰⁹

Slutligen föreskriver RF 11:9 st 3 och RB 4:1 att lagfaren domare skall vara svensk medborgare. En statlig utredning, Kommittén om medborgarskap, har föreslagit att kravet på medborgarskap skall bibehållas som huvudregel i framtiden, men öppnar också för att behörighet att utöva dömande verksamhet i vissa fall skulle kunna ges till utländska medborgare. Medborgarskapskravet för notarietjänstgöring skulle tas bort, och RF 11:9 skulle få en ny lydelse.⁴¹⁰ Betänkandet har inte lett till lagstiftning.

⁴⁰⁶ 15 § lagen (1994:261) om fullmaktsanställning.

⁴⁰⁷ Ändringen infördes genom lag (2008:302), LRA 3:1 st 4.

⁴⁰⁸ E Holmberg & N Stjernquist m.fl., *Vår författning* (2003) s 206. Författarna hänvisar även till ett mål i Europadomstolen, *Langborger v. Sweden* – 155 (22.6.89). Se även avsnitt 5.5.1.2 nedan.

⁴⁰⁹ Se t.ex. tingsrättsinstruktionen 11 § och 15-16 §§.

⁴¹⁰ SOU 2000:106.

5.4.6 *En knapphändig reglering*

Grundlagberedningen hade tänkt sig en något utförligare reglering av domstolsväsendet i regeringsformen. Enligt utredningens förslag skulle bestämmelserna uttryckligen föreskriva att Högsta domstolen, hovrätterna och tingsrätterna är allmänna domstolar, Regeringsrätten och kammarrätterna allmänna förvaltningsdomstolar och att HD och RegR skulle döma i sista instans.⁴¹¹ I grundlagspropositionen uttalade departementschefen att det inte kunde ifrågakomma att i grundlag räkna upp vilka domstolar som finns i vårt land eller att i grundlag uttömmande söka definiera begreppet domstol.⁴¹²

Beträffande antalet ledamöter i domstolarna, deras titlar, behörighetsvillkor och domförhet var FU, GLB och departementschefen överens om att regler inte behövdes i grundlag. De var inte "av beskaffenhet" att böra tas upp i grundlag, det skulle "räcka" med bestämmelser i vanlig lag, främst för att det enligt departementschefen saknades anledning från rättslig synpunkt att räkna upp vissa av domstolarna, och någon fullständig uppräknings skulle ändå inte vara aktuell.⁴¹³

I detta sammanhang kan det vara värt att fundera kring vilka frågor som *inte* tas upp i RF. I det syftet har en europeisk jämförelse gjorts i slutet av detta kapitel. Det är i jämförelsens ljus som de egna tillkortakommandena blir synliga.

5.4.7 *Kritik mot regleringen i 11 kap RF*

Enligt Petrén bröt 1974 års RF med den liberala rättsutveckling i maktodelningsanda som ägt rum efter 1809 års RF och anknöt snarare till en äldre svensk tradition av maktkoncentration där de administrativa och dömande makterna inte stod klart åtskilda. Denna äldre förvaltningstradition kombinerades med en principfast uppslutning kring folksuveränitetens princip, som i sin starka form kunde ges tolkningen att domstolarna endast har att verkställa föreskrifter som beslutats av regering och riksdag. Grundlagsstiftarna slog därmed fast att domstolarna skulle vara verkställighetsorgan utan specifika funktioner i statslivet. Samtidigt uppvisar regleringen enligt Petrén ett spänningsförhållande på så sätt att domstolarna i vissa avseenden i alla

⁴¹¹ SOU 1972:15 s 28. Vid beredningen i KU reserverade sig moderata samlingspartiet för beredningens förslag i detta hänseende, KU 1973:26 s 126 f.

⁴¹² Prop. 1973:90 s 380. Departementschefen uttalade vidare: "Efter genomförandet av 1971 års förvaltningsrättsreform torde större klarhet än tidigare råda beträffande vilka statsorgan som enligt svensk rätt är att anse som domstolar. När nya myndigheter inrättas, bör för den händelse tveksamhet kan råda klarläggas huruvida myndigheten utgör domstol eller ej."

⁴¹³ A prop. s 380 f.

fall ges en särskild ställning.⁴¹⁴ Men denna är alltför svag, menar Petrén, och tar som exempel möjligheterna till kompetensöverlämning enligt RF 11:3-4 vilka inte garanterar domstolarna någon exklusiv kompetens överhuvudtaget.

Skrivningar om effektivitet och ändamålsenlighet dominerar förarbetena. Mycket lite tankemöda förefaller ha lagts på principiella överväganden kring domstolarnas och förvaltningens roll, några remissinstanser undantagna. Sammantaget tyder detta på att det var *styrbarhet* och *pragmatism* som genomsvade arbetet med 1974 års RF, åtminstone på dessa områden. I många stycken är argumentationen så vag att man med fog kan fråga sig om det fanns någon verklig tanke bakom utformningen av 11 kapitlet. Alternativt kan det tänkas att regleringen gjordes medvetet svag av just pragmatiska skäl. Den tydliga inriktningen på att konstitutionella regler inte skall lägga hinder i vägen för en effektiv utövning av den verkställande makten är hur som helst frapperande.⁴¹⁵ Möjligen hänger detta ihop med det avståndstagande från maktindelningstänkande som präglade den konstitutionella diskussionen under arbetet med 1974 års RF; inslaget av folksuveränitetstänkande var starkt under denna tid.

Wockelberg menar att i ett monistiskt system som det svenska finns en och endast en källa som åtnjuter egen makt, som i den parlamentariska ordningen sedan delegeras stegvis; folket är den enda enhet i styrelseskicket som har egen legitim makt. Förvaltningens handlingsutrymme kan i ett sådant system inte legitimeras utifrån någon egen maktbas, utan endast av att den delegeras från folket till exekutiven och vidare inom exekutiven. Den svenska förvaltningsdualismen utgör ett problem härvidlag.⁴¹⁶ Det är denna ambivalens som 1974 års RF inte förmår förhålla sig till; konflikten mellan exekutiv styrning och traditionen med självständiga myndigheter blev helt enkelt en för mastig munsbit för grundlagsutredarna att ta sig an. I och med detta blev det inte heller aktuellt med några principiella överväganden kring domstolarnas roll. Som Bull påpekat är den självständighet som tillkommer kommuner och myndigheter främst resultatet av en historisk utveckling, och som sådan ett kvardröjande inslag i styrelseskicket. Under 1980-talet genomfördes också ett antal förvaltningspolitiska utredningar som fokuserade på styrning och där självständighetens betydelse tonades ner.⁴¹⁷ En viss utveckling mot ökad betydelse för domstolarna kan också skönjas under denna period, då systemet med förvaltningsdomstolar byggdes ut och besvärsförfarandet flyttades över till dessa i allt större utsträckning.

⁴¹⁴ G Petrén 1975 s 6 ff.

⁴¹⁵ För en mer utförlig redogörelse för debatten kring förvaltningens demokratiska följsamhet och regeringsmaktens effektivitet, se H Wockelberg 2003 s 76 ff.

⁴¹⁶ H Wockelberg 2003 s 15 ff.

⁴¹⁷ T Bull, *Självständighet och pluralism. Om vertikal maktindelning i Sverige* (1999) s 118 ff. Se även SOU 1983:39 och 1985:40.

Ett ökande intresse för frågor om rättssäkerhet, ansvarsutkrävande och transparens har kunnat förmärkas under senare år, såväl i politisk och juridisk debatt som i forskningen. Möjligen kommer grundlagsändringar under de kommande åren att ge konkret uttryck för detta ökade intresse. Än så länge måste man dock konstatera att pragmatismen är norm på de konstitutionella och förvaltningspolitiska områdena. Och, som Wockelberg konstaterar,

...den här pragmatismen som metod är elitens metod eller etablissemangets metod. Var och en som har deltagit i ett demokratiskt sammanhang vet att den som har minst makt är mest intresserad av förutsägbarhet och ansvarsutkrävande. Den som tillhör etablissemanget tänker på handlingskraften i första hand.⁴¹⁸

I detta avseende följer 1974 års regeringsform upp en tradition av exekutiv handlingskraft och handlingsfrihet som har sina rötter i 1600-talets auktoritära kungastyre och förvaltning. Den senaste grundlagsutredningen föreslår några försiktiga steg bort från denna tradition, bland annat genom en förstärkt normkontroll med bland annat obligatorisk lagrådsgranskning och avskaffande av det så kalade uppenbarhetsrekvisitet i RF 11:14.⁴¹⁹

5.5 Europakonventionen

Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna undertecknades i Rom den 4 november 1950. Konventionen har sedermera utökats med tilläggsprotokoll, exempelvis tilläggsprotokoll 7 med olika typer av rättssäkerhetsgarantier. Konventionen gäller som lag i Sverige (SFS 1994:1219). Den kan dessutom sägas ha en särskild konstitutionell status i och med RF 2:23, som stadgar att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av konventionen.

Inkorporerandet av EKMR har lett till flera förändringar av det svenska rättssystemet, särskilt vad gäller rätten till domstolsprövning i vissa fall, men även påverkat mer subtila delar av vår rättskultur. Ett exempel på detta är mötet mellan den mycket formella syn på lag (lagbegreppet) som genomsyrat svensk konstitutionell rätt⁴²⁰ och det mer materiella synsätt som ligger till

⁴¹⁸ H Wockelberg, *Konstitutionell pragmatism vid delegering uppåt och nedåt*. Anförande vid konferens anordnad av Grundlagsutredningen 21-22 mars 2005. Dokumentation av Grundlagsutredningen 2005, s 80.

⁴¹⁹ SOU 2008:125 s 377 ff.

⁴²⁰ Se exempelvis H Strömberg, *Normgivningsmakten* (1999) s 33.

grund för Europadomstolens praxis. Det är svårt att tänka sig att vår rättskultur i längden kan ”stå emot” detta inflytande och man kan tänka sig att detta kommer att få återverkningar på domarrollen.

Före inkorporeringen gällde ett traditionellt svenskt dualistiskt förhållningssätt till konventionen, det vill säga att konventionen inte kunde skapa rättigheter eller skyldigheter för enskilda om den inte först transformerades till svensk lag. Eftersom så inte hade skett, ansågs svensk lagstiftning redan leva upp till konventionens krav.⁴²¹ Under 1980-talet blev svenska domstolar mer välvilligt inställda till konventionen. Viktiga steg i utvecklingen var en serie domar i vilka Europadomstolen fann att Sverige hade brutit mot bestämmelser i EKMR.⁴²²

Av särskild betydelse i detta sammanhang är artikel 6 i konventionen. I svensk översättning har artikelns relevanta delar följande lydelse:

Var och en skall, vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en rättvis och offentlig förhandling inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag. Domen skall avkunnas offentligt... [...]

Sverige har haft problem med denna artikel. Till en början antog man från svensk sida felaktigt att ”civila rättigheter och skyldigheter” syftade på privaträttsliga förhållanden; med ”civil rights and obligations” som lydelsen är på engelska avses även *medborgerliga* rättigheter och skyldigheter.⁴²³ Det svenska systemet med självständiga myndigheter, som ägnar sig åt rättstillämpning, passade inte riktigt in här. Den officiella svenska hållningen var att myndigheterna visst kunde erbjuda en opartisk prövning, även då det rörde sig om konflikter mellan enskilda och det offentliga. Europadomstolen har inte hållit med, vilket har medfört att Sverige långsamt baxats mot ökade möjligheter till domstolsprövning av administrativa beslut.⁴²⁴ Numera finns en uttrycklig bestämmelse i 3 § 2 st förvaltningslagen som är avsedd att tillgodose rätten till domstolsprövning av civila rättigheter och skyldigheter enligt Europakonventionen.

⁴²¹ NJA 1973 s 23 och RÅ 1974 s 121.

⁴²² Bl.a. Sporrong & Lönnroth mot Sverige, dom den 23 september 1982, Series A 52 (bl.a. beträffande art. 6); McGoff mot Sverige, dom den 26 oktober 1984, Series A 83; Pudas mot Sverige, dom den 27 oktober 1987, Series A 125-A.

⁴²³ För en ingående redogörelse och analys, se O Mårsäter, *Folkrättsligt skydd av rätten till domstolsprövning* (2005), s 212 ff.

⁴²⁴ H Danielius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis* (2007), s 144 f och 150 f.

5.5.1 Europadomstolens praxis kring domstolars oberoende

Artikel 6 EKMR föreskriver att var och en skall vara berättigad till en rättvis och offentlig förhandling inom skälig tid inför en *oberoende (independent, indépendante) och opartisk (impartial) domstol, som upprättats enligt lag*. Beträffande kriteriet *oberoende* brukar Europadomstolen beakta följande omständigheter:⁴²⁵

1. Hur domstolens ledamöter utses,⁴²⁶
2. medlemmarnas mandattid eller ämbetstid,
3. förekomsten av garantier mot påtryckningar utifrån,⁴²⁷
4. huruvida domstolen synes vara självständig,⁴²⁸
5. att domstolen är oberoende av såväl parter som av regerings-makten,⁴²⁹
6. att domstolens domar är bindande och inte kan åsidosättas av regering eller förvaltning,⁴³⁰
7. förekomsten av juridiskt utbildade ledamöter i domstolen,⁴³¹ och
8. huruvida domstolen upprättats enligt lag.⁴³²

5.5.1.1 Utnämningen av domstolens ledamöter

För att en domstol skall anses sammansatt i strid med kraven i artikel 6 krävs i princip att utnämningsförfarandet som helhet varit otillfredsställande eller att sammansättningen av domstolen i det aktuella fallet antyder att någon försökt påverka fallets utgång. Exempelvis har brittiska militärdomstolar ansetts inte utgöra oavhängiga och opartiska domstolar beroende på bland annat befattningsstrukturen i domstolen.⁴³³ Frågan har även dykt upp då någon har processat mot den myndighet som har utnämnt den handläggande domaren, och samma myndighet har befogenhet att skilja domaren

⁴²⁵ Cambell & Fell mot Förenade Konungariket, dom den 28 juni 1984, Series A 80.

⁴²⁶ Le Compte, Van Leuven & De Meyere mot Belgien, dom den 23 juni 1981, Series A 43; Cambell & Fell mot Förenade Konungariket; Zand mot Österrike, Kommissionsbeslut den 16 maj 1977, D.R. 8.

⁴²⁷ Piersack mot Belgien, dom den 1 oktober 1982, Series A 53; Kudeshkina mot Ryssland, dom den 26 februari 2009 (betr. art. 10).

⁴²⁸ Delcourt mot Belgien, dom den 17 januari 1970, Series A 11; Belilos mot Schweiz, dom den 29 april 1988, Series A 132.

⁴²⁹ Ringeisen mot Österrike, dom den 16 juli 1971, Series A 13.

⁴³⁰ van de Hurk mot Nederländerna, dom den 19 april 1994, Series A 288.

⁴³¹ Le Compte m.fl. mot Belgien.

⁴³² Zand mot Österrike.

⁴³³ Findlay mot Förenade Konungariket, dom den 25 februari 1997; Morris mot Förenade Konungariket, dom de 26 februari 2002; med flera domar; se H Danelius 2007 s 183 f.

från tjänsten. I sådana fall har domstolen ansetts oavhängig och opartisk om den utnämmande myndighetens avskedsbeslut kan prövas av domstol och det i övrigt inte finns indikationer på att avskedanden sker på osakliga grunder.⁴³⁴ För svenskt vidkommande har det enligt Kommissionens mening inte funnits anledning att ifrågasätta domstolens oavhängighet och opartiskhet i mål där JK är part, trots att JK också har en övervakande funktion gentemot domstolarna.⁴³⁵

5.5.1.2 Subjektiv och objektiv opartiskhet

I fallet *Piersack mot Belgien* anförde Europadomstolen följande:

Whilst impartiality normally denotes absence of prejudice or bias, its existence or otherwise can, notably under Article 6 para. 1 of the Convention, be tested in various ways. A distinction can be drawn in this context between a subjective approach, that is endeavouring to ascertain the personal conviction of a given judge in a given case, and an objective approach, that is determining whether he offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect.

Subjektiv partiskhet skulle alltså innebära ”faktisk” partiskhet i ett givet mål, medan kravet på objektiv opartiskhet snarast tar sikte på omständigheter som kan rubba förtroendet för domaren. Det senare kriteriet hänger ihop med kravet på att domstolen också måste *synas* vara självständig. I Fey mot Österrike anförde domstolen sålunda:

Under the objective test, it must be determined whether, quite apart from the judge's personal conduct, there are ascertainable facts which may raise doubts as to his impartiality. In this respect even appearances may be of certain importance. What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public and, above all, as far as criminal proceedings are concerned, in the accused. This implies that in deciding whether in a given case there is a legitimate reason to fear that a particular judge lacks impartiality, the standpoint of the accused is important but not decisive. What is determinant is whether the fear can be held to be objectively justified.⁴³⁶

⁴³⁴ Clarke mot Förenade Konungariket, dom 25 augusti 2005.

⁴³⁵ Gasper mot Sverige, DR 94-A s 5. Jfr även G Lambertz, *Tillsynen över domstolarna* (kommande i Regeringsrättens jubileumsbok 2009).

⁴³⁶ Fey mot Österrike, dom den 24 februari 1993, Series A 255-A.

5.5.1.3 Intresseledamöter

För svenskt vidkommande är frågan om intresseledamöters medverkan domstolarna av visst intresse. Målet *Langborger mot Sverige* gällde frågan om den då existerande Bostadsdomstolen kunde anses vara en oavhängig och opartisk domstol i den mening som avses i art 6 i Europakonventionen. Europadomstolen fann att eftersom intresseledamöterna i domstolen hade ett gemensamt intresse som stred mot sökandens, kunde han inte anses ha fått en opartisk rättegång inför en oavhängig och opartisk domstol. Domstolen uttalar emellertid inga invändningar mot systemet med intresseledamöter som sådant.⁴³⁷

5.5.1.4 Kravet på lag

En intressant jämförelse är hur normgivningskompetenserna är utformade enligt svensk konstitutionell rätt jämfört med Europakonventionen. Svensk normgivningsmakt utgår från riksdagen som den högsta normgivaren. Riksdagen kan sedan delegera normgivningsmakten enligt ett komplicerat system i 8 kapitlet regeringsformen. Normens giltighet avgörs av om den har utfärdats av behörigt organ, inte av normens kvaliteter. Om den underkänns, till exempel vid lagprövning enligt RF 11:14, är det i första hand på grund av formella fel: antingen att normen ifråga står i strid med en högre norm, eller att den har tillkommit på ett felaktigt sätt. Man kan invända att den första grunden för tillämpningsförbud enligt RF 11:14 är materiell, dvs. att den underordnade normen underkänns för att dess *inhåll* står i strid med innehållet i en överordnad författning. Jag menar dock att det avgörande kriteriet istället är den överordnade normens *överböghet i sig*, således en formell grund. När lagprövningsregeln i RF 11:14 infördes ansågs dessutom att domstolarna inte skulle få pröva lagstiftningens godtagbarhet i ett demokratiskt samhälle, dess proportionalitet eller dess förhållande till den fria åsiktsbildningen (RF 12:2 st 2). Detsamma gällde grunderna för begränsning av bl.a. demonstrationsfriheten i RF 2:13. Sådana bedömningar skulle förbehållas lagstiftaren.⁴³⁸

⁴³⁷ *Langborger mot Sverige*, dom den 22 juni 1989. En motsvarande situation kan eventuellt tänkas med Arbetsdomstolen och speciellt pikant blir frågan om den skulle gälla en domares anställningsskydd. E Holmberg & N Stjernquist 2003 s 206. Se även K-G Algotsson 2000 s 294 f, H Danelius 2007 s 197 och T Bull i ERT 2005 s 808-812.

⁴³⁸ SOU 1978:34 (Rättighetsskyddsutredningen) s 109. Se även E Holmberg & N Stjernquist 2006 s 517 ff och T Bull 2008.

Europadomstolen har däremot framhållit betydelsen av lagens materiella kvaliteter. Exempelvis måste lagen vara i tillräcklig utsträckning preciserad och tillgänglig för att adressaten skall förstå sina skyldigheter.⁴³⁹

Frågan är alltså vad jurister, och särskilt domare, anser vara lag. Det förhärskande synsättet i Sverige är strikt formellt och man fäster litet avseende vid lagens kvalitet. Detta formella synsätt är en produkt av dels rättsrealismens genomslag och övergivandet av alla ”mystiska” inslag i det rättsliga tänkandet, dels av 1800-talets mekanistiska syn på domaren som lagens mun.

5.6 Andra internationella dokument⁴⁴⁰

Sedan andra världskrigets slut har tendensen mot fler internationella överenskommelser på de mänskliga rättigheternas område varit betydande. Härvid har rätten till domstolsprövning i olika sammanhang vunnit i stort sett samfällt internationellt erkännande; särskild betydelse för svensk del har Europakonventionen haft. I och med att konventionerna utgör mellanstatliga överenskommelser kan de sägas ge uttryck för internationella standarder på de områden de behandlar. Även då de internationella dokumenten inte är rättsligt bindande eller då de har oklar rättslig status, ger de i vart fall uttryck för en politisk strävan att uppnå de målsättningar som anges i dokumentet. I flera sammanhang har tendensen varit betydligt mer radikal än så; Europakonventionen och EG-rätten skapar exempelvis förutsättningar för överstatlig jurisdiktion, och under 1990-talet tillskapades flera domstolar med behörighet att lagföra krigsförbrytare oavsett nationalitet. Möjligen skulle man rentav kunna tala om ett paradigmskifte från en ensidig betoning på nationell suveränitet (det westfaliska systemet) mot en gradvis ökad betoning på mänskliga rättigheter, där det har visat sig att domstolar och olika typer av kvasijudiciella förfaranden spelar en stor och ökande roll. Ingen stat kan egentligen undgå insyn och granskning av andra stater och av internationella organ på detta område. Suveräniteten får långsamt ge vika.

Den svenska situationen för domare och domstolar måste förstås i ljuset av denna utveckling. Konventionsåtaganden och ökad internationalisering i allmänhet – varmed bl.a. förstås europeisk integration, ideella organisations bevakning av situationen för mänskliga rättigheter i olika länder, och

⁴³⁹ *Sunday Times v U.K.*, dom den 26 april 1979, Series A 30.

⁴⁴⁰ Universal Charter of the Judge, UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary, rekommendationen av Europarådets ministerråd samt den europeiska stadgan om regler för domarnas rättsställning finns samlade i ett dokument som givits ut gemensamt av Domstolsverket och Sveriges domareförbund: Domarens självständighet – några internationella dokument.

politiska ambitioner beträffande inflytande i internationella organ och även bilateralt – gör det omöjligt för Sverige att i någon större utsträckning avvika från europeiska och internationella standarder för rättssäkerhet. Ett ensidigt svenskt perspektiv är därför varken ändamålsenligt eller tillräckligt i en undersökning som denna.

5.6.1 *The Universal Charter of the Judge (UCJ)*

Internationella domarunionen (International Association of Judges, IAJ) grundades 1953 i Salzburg och har till syfte att slå vakt om den judiciella självständigheten. Unionen består av 69 nationella domarföreningar, mestadels från Europa samt Nord- och Sydamerika. De svenska domarna representeras av Sveriges domareförbund.

UCJ antogs av den internationella domarunionens centralråd 1999 och har godkänts som allmänna miniminormer av medlemsföreningarna i unionen. Stadgan innehåller framför allt regler om hur en domares självständighet skall kunna tryggas. Det gäller både rättsligt och faktiskt oberoende. Artikel 1 slår fast att det är domarens uppgift att i all sin verksamhet tillgodose den enskildes rätt till en rättvis och offentlig rättegång inom skälig tid⁴⁴¹, att domarens oberoende är ”oeftergivligt” (”indispensable”) och ”odelbart” (”indivisible”). Artikel 2 föreskriver att domarnas oberoende måste vara lagfäst på ett sådant sätt att det tillförsäkrar domarna ett verkligt och effektivt oberoende av övriga statsmakter samt frihet från socialt, ekonomiskt och politiskt tryck. Domaren skall kunna fullgöra sina uppgifter oberoende av andra domare och av domstolsförvaltningen. Enligt artikel 5 skall domaren vid fullgörandet av sina åligganden såväl vara opartisk som synas vara opartisk.

Beträffande domarutnämningar anger artikel 9 att varje tillsättning av domare skall ske enligt objektiva och klara kriterier (”objective and transparent criteria”) grundade på yrkesmeriter. Urvalet bör göras av ett oberoende organ med ett representativt eller väsentligt (”substantial”) deltagande av domare, såvida det inte finns andra urvalsmetoder som är grundade i etablerad och beprövad tradition.⁴⁴²

⁴⁴¹ Jfr EKMR art 6.

⁴⁴² Vari dessa andra urvalsmetoder skulle bestå är inte helt klart. – Art 9 förefaller felaktigt översatt från engelskan i den utgåva som DV/DF står bakom.

5.6.2 *United Nations Basic Principles on the Independence of the Judiciary*⁴⁴³

FN utarbetade principer om domares oberoende 1985 vid "the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders" i Milano. Dessa antogs av FN:s generalförsamling samma år.⁴⁴⁴ Principerna utgör inte bindande internationell rätt men återspeglar en utbredd internationell konsensus beträffande hur stater bör garantera judiciell självständighet.⁴⁴⁵ Preambeln anger att principernas syfte är att säkerställa rättvisa rättegångar såsom de garanteras i FN:s allmänna deklaration om de mänskliga rättigheterna samt den internationella konventionen om civila och politiska rättigheter (ICCPR). I dessa dokument är likhet inför lagen, oskyldighetspresumtionen, rätten till offentliga och rättvisa rättegångar inför behörig och självständig domstol som upprättats enligt lag fastställda. Principerna skall underlätta för medlemsstaterna att säkerställa judiciellt oberoende.

Principerna i detta FN-dokument är mer detaljerade än i domarunionens stadga och tar mer sikte på hur domaren skall gå tillväga vid handläggningen av mål. Exempelvis anger artikel 1 att domarkårens självständighet skall garanteras av staten och läggas fast i varje lands konstitution, eller i vanlig lag. Artikel 2 föreskriver att domare skall avgöra saker opartiskt, på grundval av fakta gällande rätt, utan ovidkommande påtryckningar, hot, eller begränsningar, vare sig direkta eller indirekta, från något som helst håll eller av något skäl.

Artikel 3 anger att domarkåren skall ha jurisdiktion över alla frågor "av judiciell natur" och exklusiv behörighet att avgöra sin egen kompetens ("kompetens-kompetens"). Domstolarnas beslut får inte ändras av någon annan myndighet (art 4) än högre domstolar enligt instansordningen, och alla skall ha rätt att få sin sak prövad av en ordinarie domstol som följer etablerade procedurregler (art 5).

Domarkåren skall garanteras förenings-, yttrande-, tros- och församlingsfrihet, men rättigheterna måste utövas så att domarämbetets värdighet inte äventyras (art 8-9). Personer som utses till domare ha integritet och duglighet och deras kvalifikationer och utbildning skall anges i lag. Diskriminering vid utnämningen får inte förekomma, förutom krav på medborgarskap i det aktuella landet (art 10).

⁴⁴³ Basic Principles on the Independence of the Judiciary, Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Milan, 26 August to 6 September 1985, U.N. Doc. A/CONF.121/22/Rev.1 at 59 (1985), and endorsed by United Nations General Assembly Resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985.

⁴⁴⁴ Ekonomiska och sociala rådet (ECOSOC) antog 1989 en resolution angående implementeringen av principerna, ECOSOC Resolution 1989/60, 15th plenary meeting, 24 May 1989.

⁴⁴⁵ Se t.ex. Human Rights Watch, Questions and Answers about Venezuela's Court-Packing Law, July 2004.

5.6.3 *The Bangalore Principles of Judicial Conduct*

Bangaloreprinciperna antogs i november 2002 och har bland annat till syfte att ange etiska standarder för domare. Principerna har erkänts av FN:s ekonomiska och sociala råd.⁴⁴⁶ Syftet med principerna anges vara följande:

The following principles are intended to establish standards for ethical conduct of judges. They are designed to provide guidance to judges and to afford the judiciary a framework for regulating judicial conduct. They are also intended to assist members of the executive and the legislature, and lawyers and the public in general, to better understand and support the judiciary. These principles presuppose that judges are accountable for their conduct to appropriate institutions established to maintain judicial standards, which are themselves independent and impartial, and are intended to supplement and not to derogate from existing rules of law and conduct which bind the judge.

I dokumentet stipuleras sex värden som skall vara vägledande för domare. De är självständighet ("independence"), opartiskhet ("impartiality"), integritet ("integrity"), anständighet ("propriety"), likabehandling ("equality") samt kompetens och noggrannhet ("competence and diligence").

Inledningsvis konstateras att judiciell självständighet är en nödvändig förutsättning för existensen av en rättsstat (rule of law) och att varje domare därför skall upprätthålla och vara en förebild avseende sådan självständighet, såväl på det personliga som det institutionella planet. I övrigt ställer dokumentet i huvudsak upp riktlinjer för domares professionella uppträdande.

5.6.4 *Europarådets rekommendation om domares oberoende m.m.*

Rekommendation R(94)12 av Europarådets ministerråd till medlemsstaterna om domares oberoende, skicklighet och roll antogs av ministerrådet den 13 oktober 1994. Dokumentet upprättades mot bakgrund av dels Europakonventionens art 6 och dels FN:s grundprinciper om domstolsväsendets oberoende (se ovan 2.3.2). I preambeln anges som ändamål att främja domarnas oberoende, stärka deras ställning och befogenheter i syfte att åstadkomma ett effektivt och rättvist rättssystem och att stärka rättsstatsprincipen. Rekommendationen är tillämplig på alla personer med dömande funktioner, således även på lekmannadomare utom när det klart framgår av samman-

⁴⁴⁶ ECOSOC 2006/23.

hanget att det är yrkesdomare som avses (art 1-2). Den utgörs av sex principer med förklarande exempel och en vidhängande bakgrundspromemoria.

Princip I slår fast att ”alla erforderliga åtgärder bör vidtas för att respektera, skydda och främja domarnas oberoende”. Principen specificeras närmare som att domarnas oberoende bör garanteras i grundlag eller vanlig lag, exempelvis på så sätt att domares beslut inte skall kunna göras till föremål för omprövning utom vid överklagande enligt regler som anges i lag, att tiden för domarnas förordning och deras ersättning bör vara reglerad i lag, och att domstolarna skall ha befogenhet att besluta om sin egen kompetens (I.2.a.i.iv). Vidare anges att alla beslut rörande domarnas karriär bör grundas på objektiva kriterier och urvalet göras på sakliga meriter. Den myndighet som har att fatta beslut om urval av domare och deras karriär bör vara oberoende av regering och förvaltning. Emellertid finns ett undantag för sådana länder vilkas konstitutionella tradition medger att domare utnämns av regeringen, exempelvis Sverige. I sådana fall skall det finnas garantier för att utnämningssförfarandet är klart och tydligt och ”i praktiken oberoende och att detta förfarande inte påverkas av andra överväganden än sådana som är relaterade till ovannämnda objektiva kriterier”. Som exempel på sådana garantier anges ett särskilt oberoende och kompetent organ som ger regeringen råd som denna i praktiken följer, rätt för enskilda personer att överklaga ett (utnämnings)beslut vid en oberoende myndighet och att den myndighet som gör utnämningarna inför ett skydd mot obehörig eller otillbörlig inverkan (I.2.c.i-iii).

Principen om domarens oberoende innebär vidare fullständig suveränitet för domaren att avgöra sina mål enligt gällande rätt och efter eget samvete. Det bör inte föreligga någon rapporteringsskyldighet för domaren beträffande sakförhållandena i olika mål och ärenden (I.2.d). Målen bör fördelas mellan domarna slumpmässigt eller via någon typ av automatiserat system (I.2.e).

Princip II berör domarnas auktoritet. Alla som berörs av en rättssak bör vara skyldiga att åtlyda domaren, även statliga organ och deras företrädare. Dessutom bör domaren ha tillräckliga maktmedel till sitt förfogande för att kunna fullgöra sina åligganden och upprätthålla sin auktoritet och domstolens värdighet.

Princip III handlar om domarnas arbetsförhållanden. Där anges bland annat att domare bör ha ändamålsenliga arbetsförhållanden med tillräckligt administrativt stöd och att status och ersättning motsvarar yrkets värdighet och ansvarsbörda. Princip IV anger att domare bör ha rätt att bilda yrkessammanslutningar.

Princip V är en uppräkningslista av de skyldigheter som bör åläggas domare. Till exempel är domarna skyldiga att i rättegångsförfaranden värna alla personers rättigheter och friheter. Mål skall handläggas effektivt och snabbt. Domaren skall handla självständigt, opartiskt och utan inverkan av yttre in-

flytande, gärna förklara processuella frågor för parterna på ett opartiskt sätt, uppmuntra parterna att göra upp i godo när så är lämpligt samt lämna klara och fullständiga skäl för sina avgöranden i begripliga ordalag ”om inte annat följer av lag eller etablerad praxis”.

Princip VI lämnar föreskrifter om disciplinförfaranden och liknande gentemot domare. Sådana frågor bör behandlas av ett särskilt behörigt organ, helst en domstol, och med möjlighet att överklaga.

5.6.5 *Europeiska stadgan om regler för domarnas rättsställning*

Under 1980- och 1990-talen ägde ett antal möten rum inom ramen för Europarådets verksamheter för utveckling och befastande av demokrati, för att behandla olika aspekter av domarnas rättsställning. Samtalen utmynnade 1998 i Europeiska stadgan om regler för domares rättsställning. I förordet till stadgan anges att

”värdet av stadgan ligger inte i någon formell status, vilket den i själva verket inte har, utan i den vikt och styrka som dess upphovsmän har velat ge den. En grundlig kännedom om stadgan och en vid spridning av den är avgörande för att dess syften skall uppnås. Stadgan riktar sig till domare, advokater, politiker, ja, i vidare mening alla som är angelägna om ett lagbundet samhällsskick och om demokrati.”⁴⁴⁷

I stadgans ingress hänvisas till artikel 6 i Europakonventionen angående domstolars oavhängighet m.m., FN:s grundläggande principer för domstolväsendets oberoende (se ovan) samt Europarådets rekommendation R (94) 12 om domarnas oberoende, skicklighet och roll. Till skillnad från dessa dokument är den europeiska stadgan betydligt mer omfattande. Stadgan innehåller detaljerade krav på vilka regler som skall finnas i nationell lagstiftning och på hur dessa regler skall vara utformade. Bestämmelserna omfattar både yrkes- och lekmannadomare.

Syftet med stadgan anges i art. 1.1 till att säkerställa den skicklighet, det oberoende och den opartiskhet som var och en har rätt att begära av en domstol och en domare som anförtratts skyddet av enskildas rättigheter, och att stärka olika garantier till gagn för detta syfte i de europeiska länderna. Det är alltså ett sätt att säkerställa att de personer vars rättigheter skall skyddas av domstolarna och av domarkåren har en nödvändig garanti för skyddets effektivitet.

I den förklarande bakgrundpromemorian till stadgan diskuteras frågan om bestämmelserna i stadgan skulle vara tvingande eller ha formen av re-

⁴⁴⁷ DAJ/DOC (98) 23.

kommendationer. Det senare skulle medge att andra bestämmelser med likvärdiga garantier skulle kunna vara acceptabla, alternativt att "hävdvunnen praxis" beträffande judiciell självständighet skulle kunna vara tillräckligt även om garantierna inte återfinns i skriften lagtext. Resultatet blev en skrivning i promemorian om att stadgans föreskrifter visserligen inte är tvingande, men icke desto mindre utgör det optimala sättet att säkerställa syftena skicklighet, opartiskhet etc. Den faktiska innebörden av detta framstår som oklar; kanske är betydelsen främst politisk och opinionsbildande.

De grundläggande principerna för domarnas rättsställning skall enligt stadgans 1.2 komma till uttryck i nationella lagregler "på högsta nivå" (dvs. konstitutionella dokument eller motsvarande) och själva reglerna i "föreskrifter som ges åtminstone i allmän lag". Syftet är enligt bakgrundspromemorian att skapa ett skydd mot summariska ändringar i föreskrifterna.

Artikel 1.3 ställer krav på judiciell medverkan i bl.a. utnämningsfrågor:

"I varje fråga som rör domarnas urval, rekrytering, utnämning, befordran, och avgång innehåller reglerna⁴⁴⁸ bestämmelser om medverkan av ett organ som är oberoende av den verkställande makten och i vilket minst hälften av ledamöterna är domare, som valts av sina kolleger på ett sätt som tillförsäkrar vidast möjliga deltagande av domarkåren."

Utnämningsbeslut skall enligt 3.1 fattas av detta oberoende organ eller på dess förslag eller rekommendation eller efter dess hörande.

I bakgrundspromemorian konstateras att vissa länder säkert har svårt att acceptera ett oberoende organ som ersätter den politiska instans som är ansvarig för utnämningar, men att kravet på ett utlåtande från en oberoende instans ändå kommer att ha en stark inverkan på de offentliga tillsättande organen. Om rekommendationen inte följs bör detta enligt promemorian åtminstone föranleda en förklaring från det tillsättande organet.

Varje domare skall vidare enligt stadgans art. 1.4 ha möjlighet att klaga hos ett organ motsvarande det i art. 1.3 om hans eller hennes oberoende, rättsäkerheten, eller liknande har kränkts. Organet skall ha tillgång till effektiva medel för att ha möjlighet att avhjälpa missförhållanden. Tanken här är att garantierna för oberoende saknar värde om det saknas implementeringsmekanism.

Staten skall enligt artikel 1.6 tillse att domarna har tillgång till adekvata resurser för att kunna utföra sina åligganden på ett tillfredsställande sätt, särskilt avseende handläggningstiden för mål och ärenden. Syftet med regeln är inte bara att garantera domstolarnas reella arbetsförhållanden utan även att väga upp de krav som ställs på domare i form av skyldigheter; utan tillräckliga resurser är det inte rimligt att ställa krav på snabb handläggning etc.

⁴⁴⁸ Har avses alltså regler i nationell lagstiftning.

Yrkessammanslutningarna – viktiga ur ett professionsperspektiv⁴⁴⁹ – ges en roll i art. 1.7. Sammanslutningarna skall vara bildade av domare och öppna för alla domare. De skall medverka till att företräda domarnas lagliga rättigheter gentemot myndigheter och organ som medverkar i beslut som rör domare. Något förbud mot att bilda eller tillhöra en yrkessammanslutning får således inte finnas. Någon ensamrätt för sammanslutningarna att företräda domarna finns emellertid inte.

Domarna måste vara delaktiga i beslut som rör domstolarnas förvaltning, fördelning av budgetanslag och liknande, antingen genom sina företrädare i yrkessammanslutningarna eller genom det organ som avses i art. 1.3, på både det lokala och nationella planet. Domarna behöver inte vara ansvariga för denna förvaltning, men stadgan fordrar att de inte hålls utanför administrativa beslut. Kravet på samråd gäller även ändringar i lagstiftningen om domare eller i systemet för ersättning och sociala förmåner.⁴⁵⁰

Stadgan innehåller vidare detaljerade krav beträffande rekryteringsprocessen. Artikel 2.1 anger:

”Reglernas bestämmelser om urval och rekrytering av domare – som skall handhas av ett oberoende organ eller en oberoende nämnd – skall grunda valet av kandidater på deras förmåga att fritt och opartiskt bedöma de rättsfrågor som föreläggs dem och att tillämpa lagen på dem med respekt för enskilda personers värdighet. Reglerna tillåter inte att en kandidat utesluts på grund av sitt kön eller sin etniska eller sociala tillhörighet, sina filosofiska eller politiska åsikter eller sin religiösa övertygelse.”

Urvalet av domare skall göras av en oberoende nämnd eller liknande, som dock inte behöver vara samma organ som det som avses i art. 1.3. Valet av domare måste grundas på tydliga kriterier som är relevanta för det aktuella domarämbetet. Huvudsyftet måste enligt bakgrundspromemorian vara att bedöma kandidatens förmåga att självständigt bedöma de mål och ärenden som handläggs av honom eller henne. Vidare krävs förmåga till opartiskhet vid utövandet av domarsysslor. Ytterligare egenskaper som krävs är dels kunskap om rätten och dels förmåga att tillämpa rätten, vilket är skilda saker enligt promemorian, liksom vikten av att domarkandidaterna uppträder med respekt för mänsklig värdighet. Detta är enligt promemorian särskilt viktigt i situationer då personer i en maktposition (domare) kommer i kontakt med parterna, vilka ofta är personer i stora svårigheter. Slutligen får urvalskriterierna inte vara godtyckliga eller diskriminerande.⁴⁵¹

⁴⁴⁹ Se vidare kap. 3.

⁴⁵⁰ Punkt 1.8 och s 13 i bakgrundspromemorian.

⁴⁵¹ Punkt 2.1 och s 13 f i bakgrundspromemorian.

Artikel 2.2 föreskriver att de nationella reglerna skall ange de villkor som ställs för tillträde till domaruppgifter ifråga om utbildning och erfarenhet. Kandidater till rättskipningsuppgifter skall enligt art. 2.3 utbildas på lämpligt sätt på statens bekostnad. Syftet med detta är att bereda domarkandidaterna på de svåra uppgifter av mänsklig natur som hänger samman med domaruppgiften. ”Abstrakt” kontroll av domarkandidatens lämplighet är härvid otillräcklig.⁴⁵² Utbildningen skall ombesörjas av det organ som avses i punkt 1.3 med hänsyn till de krav på vidsynthet, skicklighet och opartiskhet som är en förutsättning för rättskipningsuppgifter.

Stadgan tar även upp frågan om diskvalificering av domarkandidater (art. 3.2). Bakgrundspromemorian tar upp några exempel på olämpliga situationer: en advokat bör inte omedelbart förordnas till domare vid en domstol på samma ort där han eller hon varit verksam; inte heller är det lämpligt att någon utnämns till domare i en stad där en nära anhörig samtidigt är borgmästare eller folkvald parlamentsledamot eller liknande. Reglerna måste i detta avseende beakta ”situationer som kan ge upphov till berättigade och objektiva tvivel om en domares oberoende och opartiskhet”.

En domare som innehar tjänst får som huvudregel inte omplaceras till annan tjänst, ens högre sådan, utan vederbörandes fria samtycke. Undantag medges vid disciplinära påföljder, vid lagenliga omorganisationer och vid tillfälligt förordnande att biträda en angränsande domstol (art 3.4). Denna punkt ger alltså uttryck för principen om domares oavsättlighet. Vid omplacering mot den aktuella domarens vilja skall det finnas klagorätt hos det organ som avses i art. 1.3.

Befordringssystemet skall enligt reglerna grundas antingen på ålder i tjänsten, ett system som enligt bakgrundspromemorian äger ett mycket effektivt skydd för oberoendet, alternativt uteslutande på den skicklighet och de meriter som en domare visat i utförandet av sina uppgifter som domare allt efter en objektiv bedömning av en eller flera andra domare och efter samråd med domaren ifråga. Det organ som avses i art. 1.3 skall då medverka. Den som inte föreslås för befordran måste kunna klaga inför organet (art. 4.1).

Bisysslor skall vara tillåtna, med undantag av sådana bisysslor som är oförenliga med förtroendet för domarens opartiskhet. Förhandstillstånd kan krävas för annan inkomstbringande bisyssla än litterär och konstnärlig verksamhet (art. 4.2).

De nationella reglerna skall vidare säkerställa rätten till vidareutbildning i tjänsten, så att domarna vidmakthåller och vidgar de kunskaper i tekniskt,

⁴⁵² Bakgrundspromemorian s 14. Det är inte helt klart vad som avses med ”abstrakt” kontroll; möjligen är det betyg och liknande formella kriterier man menar. Min tolkning är att de rekryterande organen måste tillse dels att domarkandidaterna vet vad de ger sig in på, dels att utbildningen kan utgöra ett filter för personer med olämpliga personliga egenskaper, så att det finns en mer faktisk kontroll av kandidaterna.

socialt och kulturellt hänseende som krävs för att fullgöra deras åligganden (art. 4.4). Sådan utbildning kan anordnas på olika sätt: genom läroanstalter under justitieministeriet (jfr Domstolsverket), privata stiftelser, institut som verkar under domarnas eget överinseende m.fl.

Beträffande lön och sociala förmåner föreskriver stadgan att domare med rättskipning som yrke skall vara berättigade till så stor ersättning att de är skyddade mot påtryckningar som är ägnade att påverka deras beslut och deras yrkesmässiga uppträdande som domare. Enligt bakgrundspromemorian var denna formulering att föredra framför en föreskrift av innebörd att ersättningen skall stå i förhållande till den ersättning som betalas till personer på högre poster i förvaltningen eller liknande. Ersättningen kan variera beroende på tid i tjänsten samt arten och betydelsen av tilldelade uppgifter; dessa omständigheter skall bedömas på ett klart och tydligt sätt (art. 6.1-6.2). Kriterierna för olika lön måste alltså medge insyn. Krav på garantier för sjukdom, moderskap och pension ställs också (art. 6.3-6.4).

5.6.6 *Svensk rätts förenlighet med de internationella dokumenten*

Inget av de ovannämnda dokumenten, utom Europakonventionen, är som sagt juridiskt bindande i formell mening. Icke desto mindre ger de uttryck för en internationell standard, som det vore uppseendeväckande att avvika ifrån. Dokumenten utgör också ett verktyg för domarförbund och andra som vill fästa uppmärksamhet på förhållanden som avviker från internationell standard. Ett exempel på det är när Europeiska domarunionen i en skrivelse protesterade mot det svenska Domstolsverkets planer på att införa individuell lönesättning för domare.⁴⁵³ Dokumenten borde rimligen kunna hänföras till kategorin "soft law". Enligt ett standardverk på folkrättens område kan "soft law" utgöras av standarder, åtaganden, resolutioner, policydokument, avsiktsförklaringar och liknande. Normalt skapas soft law inom ramen för internationella organisationer. Soft law är inte rättsligt bindande, men kan på sikt utgöra byggstenarna för den gradvisa framväxten av internationell sedvanerätt.⁴⁵⁴ Det är enligt min uppfattning inte osannolikt att de

⁴⁵³ Inte bara i Sverige har frågan om individuell lönesättning för domare varit på tapeten. Förslag har även framställts i bl.a. Frankrike, vilket föranlett den europeiska domarunionen EAJ att anta en resolution med protester mot utvecklingen. Enligt EAJ utgör individuell lönesättning ett reellt hot mot den judiciella självständigheten, och anför två huvudsakliga argument: för det första, att kriterierna för lönesättningen inte är objektiva och transparenta, vilket är ett krav enligt internationella dokument; för det andra, att betonandet av kvantitativa mått ("ackordstillägg" vid snabb målavverkning) vinner insteg på bekostnad av kvaliteten i dömandet, vilket skulle innebära att kvaliteten offrades på kvantitetens altare. EAJ Resolution, Vilnius, 20 maj 2006.

⁴⁵⁴ A Cassese, *International Law* (2005) s 196.

ovannämnda dokumenten redan nu ger uttryck för åtminstone en gemensam västeuropeisk standard och att de möjligen på sikt kommer att få en mer kraftfull normativ betydelse. I nuläget förefaller det emellertid rimligt att de dokument som har antagits av FN och Europarådet, således officiella internationella organ, väger tyngre än sådana som tagits fram av exempelvis en intresseorganisation som Internationella domarunionen.

De ovan redovisade internationella dokumenten är för svenskt vidkommande intressanta i framför allt tre avseenden. Det första gäller utnämningsfrågorna. Europarådsrekommendationen om domares oberoende föreskriver att urvalet och rekryteringen av domare i princip bör göras av ett organ som är oberoende av regering och förvaltning. Här medges undantag, men man kan notera att Sverige i detta avseende förefaller avvika från den europeiska normen för domartillsättningar. Hårdare krav ställs i den europeiska stadgan om regler för domares rättsställning. Punkt 1.3 i detta dokument ställer krav på att det *i varje fråga som rör domarnas urval, rekrytering, utnämning, befordran, och avgång* skall medverka ett organ som är oberoende av den verkställande makten och i vilket minst hälften av ledamöterna är domare och som valts av sina kolleger på ett sätt som tillförsäkrar vidast möjliga deltagande av domarkåren. Den svenska tjänsteförslagsnämnden kan vara ett sådant organ, men beträffande de högsta domartjänsterna beslutar regeringen fortfarande suveränt och utan inblandning av TFN. Vidare får kriterierna för domarrekrutering sägas avvika från standarden i åtminstone den europeiska stadgan, som ju föreskriver att det centrala kriteriet skall vara domarens förmåga att fritt och opartiskt bedöma rättsfrågor. Möjligen kan departements- och kommittétjänstgöring, som har tungt meritvärde i den svenska domarkarriären, sägas innefatta bedömande av rättsfrågor men i så fall rimligen från ett annat perspektiv än det rent judiciella. Till detta problemkomplex hör också frågan om diskvalificeringsgrunderna och om befordringssystemet. Här gör sig samma synpunkter gällande som beträffande utnämningsfrågorna.⁴⁵⁵ RB innehåller jävsregler för handläggningen av konkreta mål, men lagstiftningen tiger ifråga om allmänna diskvalificeringsgrunder och säger heller ingenting om vilka kriterier som skall tillämpas i befordringsärenden.

Det andra avseendet där Sverige skiljer sig från standarden i de internationella dokumenten är området för administrativt självbestämmande. Domstolarna har i de flesta avseenden övergått från ett kollegialt styre till ett där domstolschefen bestämmer.⁴⁵⁶ Reglerings- och organisationsfrågor brukar vara föremål för remissförfarande i Sverige och domarnas medinflytande kan i viss mån tillgodoses på så sätt, och beträffande löne- och förmånsfrågor finns fackliga företrädare. I en del avseenden kan emellertid

⁴⁵⁵ Se vidare kap. 6 om TFN och Domarnämnden.

⁴⁵⁶ Jfr övergången i universitetsvärlden från kollegialt styre till prefektstyre i en mängd frågor.

domarnas inflytande över den egna arbetssituationen troligen jämföras med vanliga förvaltningstjänstemäns. Få domare har exempelvis inflytande över budgetanslag och liknande.

För det tredje kan man diskutera om Sverige uppfyller internationella krav avseende regleringen av domarämbetets grundläggande principer som skall anges i konstitutionella dokument, där sådana finns. Som konstaterats ovan är regleringen av domarfrågor i Regeringsformen knapphändig. Regleringen i Rättegångsbalken är inte heller särskilt omfattande. Många bestämmelser återfinns istället i instruktioner, kollektivavtal och liknande normativa instrument av lägre dignitet. Flera utredningar under senare år har föreslagit ändringar, senast Grundlagsutredningen, och framtiden får utvisa om dessa förslag leder till förändringar.⁴⁵⁷

Vidare kan vi konstatera att de internationella dokumenten på flera ställen är formulerade på ett sätt som överensstämmer med sådana förutsättningar för autonomi som ställs upp i professionsteoretiska sammanhang. Den judiciella självständigheten formuleras alltså i termer av professionell autonomi, kan man säga. Det gäller till exempel Europeiska stadgan om regler för domarnas rättsställning, som i art. 1.3 föreskriver att domarkåren skall medverka i utnämningen av nya domare, vilket alltså innebär inflytande över *tillträdet till professionen* och *kontroll över arbetets organisering*. Det gäller även art. 3 i UCJ, vilken anger att domaren vid utövandet av sina dömande plikter endast är underställd lagen ("In the performance of the judicial duties the judge is subject only to the law and must consider only the law") – en markering av att det endast är det *professionella omdömet* som skall vara styrande i domarens arbete. En slutlig observation i detta sammanhang är att de internationella dokumentens subjekt påfallande ofta är *domaren* som individ, medan den svenska regleringen tar sikte på *domstolen* som institution.

5.7 Komparation: europeisk konstitutionell standard

Detta avsnitt innefattar en översiktlig jämförelse av den konstitutionella regleringen av domstolar och domare i de 24 övriga EU-länderna samt ytterligare några europeiska länder. Syftet är att sätta in den svenska konstitutionella regleringen av domare och domstolar i ett europeiskt sammanhang och i belysning av de internationella dokument som behandlats ovan.

Ett problem i sammanhanget, som även gäller de internationella dokumenten ovan, är att begreppet "lag" ("law") inte nödvändigtvis har samma innebörd i olika länder. I Sverige brukar man tala om ett formellt lagbegrepp med den huvudsakliga innebörden att en "lag" är en föreskrift som

⁴⁵⁷ SOU 2008:125. Se även SOU 2000:99 och SOU 1994:99.

har antagits av riksdagen, till skillnad från förordningar som antas av regeringen, och föreskrifter av lägre konstitutionell valör. I andra sammanhang kan kravet på lagform istället ha en materiell eller snarare kvalitativ innebörd. Så är exempelvis fallet med de krav på lagform som uppställs i en del artiklar i Europakonventionen.⁴⁵⁸ Ett annat, liknande, problem är att det vid en studie av utländska konstitutionella dokument inte är givet vilken konstitutionell status dessa har enligt respektive lands rättsordning. I Sverige var det exempelvis inte kristallklart hur olika föreskrifter i 1809 års regeringsform skulle värderas i detta hänseende och liknande omständigheter kan föreligga i andra länder. Varje land har dessutom sina egna juridiska tolkningsprinciper. I detta sammanhang finns inte utrymme att ta hänsyn till eventuella förarbeten, konstitutionell praxis eller liknande i respektive land, utan jämförelsen får stanna vid de publicerade konstitutionella texterna.

5.7.1 *Den judiciella maktens dignitet i de konstitutionella dokumenten*

I *Belgien* omfattar grundlagsregleringen av domstolsväsendet 16 artiklar i ett eget kapitel (kapitel IV), omfattande bl.a. utnämning, domstolschefer, avsked, lönesättning och en uppräknig av appellationsdomstolarna. I *Danmark* behandlar grundlovens 59-65 §§ domstolar och domare, som enligt 62 § skall hållas åtskilda från förvaltningen. I *Estland* finns också ett särskilt kapitel med regler om domstolsorganisationen, domarutnämningar, oavsättlighet och domstolsadministration. Den nya *finländska* grundlagen från 1999 behandlar rättskipningen i ett eget kapitel, det nionde. Även i *Frankrikes* konstitution finns ett särskilt kapitel för domstolar, liksom i *Grekland*, *Republiken Irland*, *Italien*, *Lettland*, *Litauen*, *Luxemburg*, *Malta*, *Norge*, *Polen*, *Portugal*, *Ryssland*, *Schweiz* (federala konstitutionen) *Slovakien*, *Slovenien*, *Spanien*, *Tjeckien*, *Turkiet*, *Tyskland* (federala grundlagen), *Ungern* och *Österrike* (federala grundlagen).⁴⁵⁹ Storbritannien saknar skriven konstitution och domstolssystemen ser olika ut i England och Wales, Nordirland respektive Skottland. Denna stat utgör därför ett specialfall.

⁴⁵⁸ Se exempelvis rättsfallet *Maestri v. Italy*, där Europadomstolen hade att ta ställning till frågan om en rättighetsinskränkning var föreskriven ”i lag” på sätt som stadgas i bl.a. art 9 p 2 EKMR. Domstolen ställde upp ett antal kvalitativa kriterier för att en norm skulle betraktas som ”law” i konventionens mening, bl.a. offentlighet och precision. – Även i Sverige ställs emellertid kvalitativa krav på lagar och andra föreskrifter, nämligen såtillvida att de måste ha en generell innebörd, till skillnad från beslut i enskilda fall. Se till exempel RÅ 1986 ref 108 om skillnaden mellan norm och beslut.

⁴⁵⁹ Cypern är medlem av EU men dess grundlag tas inte upp här p.g.a. osäkerhet beträffande dess konstitutionella status.

I princip samtliga europeiska länder med en skriven grundlag reglerar således rättsväsendet i ett eget kapitel i det viktigaste konstitutionella dokumentet. Sverige utgör härvid ett iögonenfallande undantag.

5.7.2 Utnämningsfrågor

De flesta europeiska grundlagar behandlar utnämningsproceduren. I *Belgien* utnämns samtliga domare av kungen. Överrättsdomarna skall dessförinnan ha nominerats av domstolarna och av provinsregeringarna alternativt (beträffande högsta appellationsdomstolen) av antingen senaten eller representanthuset (art 151). Den *finländska* grundlagen föreskriver endast att domarna utnämns av republikens president enligt ett i lag bestämt förfarande (102 §). I *Frankrike* föreskrivs att ett särskilt råd, Conseil Supérieur de la Magistrature, skall handha utnämningsfrågorna. Rådet består av republikens president, justitieministern, fem domare och tre ”prominenta medborgare”.

I *Italien* utnämns domarna i konkurrens på basis av skriftliga examina (art 106 p 1), men konstitutionen föreskriver även att professorer i juridik och advokater med minst femton års yrkeserfarenhet kan komma ifråga för utnämning till kassationsdomstolen i exceptionella fall. En liknande ordning finns i *Portugal*, där utnämningar till högsta domstolen och andrainstansrätterna skall föregås av ett ansökningsförfarande (art 215 p 4). I *Tyskland* är det justitieministern som utnämner federala domare i samråd med en rekryteringskommitté bestående av delstaternas justitieministrar och lika många ledamöter av förbundsdagen (art 95).

Den *lettiska* konstitutionen kräver i art 84 att domarutnämningar bekräftas av parlamentet (Saeima), medan det i *Litauen* är parlamentet (Seimas) som utnämner och avskedar de högsta domarna på rekommendation av presidenten. Övriga domare utnämns av presidenten ensam. I *Luxemburg* utnämner storhertigen domarna; beträffande högre tjänster skall först högsta domstolens yttrande inhämtas.

5.7.3 Avskedande m.m.

I *Belgien* kan en domare endast berövas sitt ämbete genom ett domstolsbeslut (art 152 st 2). Detsamma gäller, med undantag av avgång vid lagstadgad pensionsålder, i *Danmark* (§ 64) och *Finland* (103 §). I *Italien* gäller att domarna endast kan avsättas, suspenderas eller omplaceras med samtycke eller genom beslut av ett särskilt organ (Consiglio superiore della magistratura, art 107). I *Lettland* finns ett liknande organ som kan rekommendera avsked, men beslutet fattas i parlamentet. Även i *Luxemburg* gäller att domstolsbeslut krävs för avskedande, men här finns undantag för sjukdom och misskötsel

av ämbetet. Den *tyska* grundlagen har direkta föreskrifter om förfarandet vid avsättning av en federal domare. I *Nederländerna* gäller en domstol som särskilt föreskrivs i lag ("act of parliament") skall handlägga disciplin- och avskedsärenden (art 117).

I *Grekland* och *Turkiet* är pensionsåldern (65 år) föreskriven direkt i grundlagen.

5.7.4 Lönesättning och anställningsförhållanden

Enligt den *belgiska* konstitutionen skall domarlönerna bestämmas i lag (art 154). Detsamma gäller i *Luxemburg*. I *Finland* skall, enligt 103 §, "grunderna för domarnas anställningsförhållanden i övrigt" (förutom avgångsreglerna) bestämmas särskilt genom lag.

Flera länder har ett förbud mot att domare åtar sig bisysslor mot vederlag. Det kan i så fall finnas ett undantag för konstnärlig och vetenskaplig verksamhet och undervisning. Så är exempelvis fallet i *Litauen* och *Portugal*. I *Luxemburg* gäller förbudet mot betalda bisysslor endast statliga uppdrag. I *Spanien* finns ett förbud mot att tillhöra politiska partier och fackförbund. Domare får dock tillhöra en yrkessammanslutning som är offentligrättsligt etablerad (art 127). Frågan är starkt förknippad med domarnas professionella oberoende.

5.7.5 Organisation och sammansättning

Den *belgiska* konstitutionen räknar upp de fem överrätterna och deras jurisdiktionsområden. I *Finland* räknas de allmänna domstolsinstanserna upp, nämligen högsta domstolen, hovrätterna och tingsrätterna respektive högsta förvaltningsdomstolen och de regionala förvaltningsdomstolarna (98 §). En liknande ordning finns i *Lettland* (art 82), där även militära domstolar föreskrivs vid krigs- och undantagstillstånd. Enligt *Italiens* konstitution skall domarorganisationen och varje "judiciell myndighet" definieras i lag (art 108). Något motsägelsefullt anger dock artikel 110 att rättskipningens organisation och verksamhet är underställda justitieministern.

De flesta länders konstitutioner föreskriver att den närmare sammansättningen av domstolarna, även den högsta, skall bestämmas i lag. De länder som har författningsdomstolar brukar emellertid för dessas vidkommande föreskriva sammansättning, jurisdiktion med mera direkt i grundlagen. Så är, i varierande utsträckning, fallet i *Litauen*, *Luxemburg*, *Portugal*, *Ryssland*, *Slovakien*, *Tjeckien*, och *Turkiet*.

Danmark och *Frankrike* saknar föreskrifter om domstolsorganisationen i grundlagen. Den *nederländska* konstitutionen föreskriver endast att regler om

domstolsorganisationen och sammansättningen skall nedläggas i lag ("act of parliament", art 116).

5.7.6 *Oberoende m.m.*

Ett antal konstitutioner föreskriver att domare, när de handlägger mål och ärenden, endast skall vara underkastade lagen. Formuleringar av det slaget finns i *Tyskland, republiken Irland, och Belgien*.

Till frågan om oberoende hör även regleringen av bisysslor (se ovan om anställningsförhållanden) och rätten att tillhöra politiska partier och andra organisationer.

5.7.7 *Sammanfattning: europeisk konstitutionell standard*

Sammanfattningsvis går det att konstatera att de flesta europeiska länder har en mer utförlig reglering av domstolsväsendet och domarrollen direkt i de konstitutionella dokumenten än vad som är fallet i Sverige. De forna öst-blocksländerna utmärker sig i detta avseende och de har dessutom i de flesta fall någon form av författningsdomstol. I den andra änden av skalan finns stater som under det senaste århundradet har präglats av demokrati och ett relativt politiskt lugn. Således är, liksom i Sverige, den konstitutionella regleringen avseende domare och domstolar mer knapphändig i länder som Holland, Danmark och Finland. Detsamma skulle kunna sägas om Storbritannien. I de sistnämnda länderna har det kanske inte ansetts nödvändigt att på samma sätt i som i exempelvis Tyskland och de centraleuropeiska länderna ställa upp konstitutionella garantier för det judiciella oberoendet gentemot den politiska makten.

De romanska länderna, till vilka jag i detta sammanhang räknar Frankrike, Belgien, Luxemburg, Spanien, Italien, Portugal, och i viss mån Rumänien, kan också hänföras till en familj i detta sammanhang.⁴⁶⁰ De konstitutionella och allmänt institutionella strukturerna uppvisar en hel del gemensamma drag. Som exempel kan anföras systemen med kassationsdomstolar

⁴⁶⁰ Dessa länder har det gemensamt att de i huvudsak (förutom möjligen Belgien) har ett romanskt språk som huvudspråk och att deras rättssystem i stor utsträckning har utformats efter fransk förebild, antingen på grund av språkliga likheter (spridningen av Code Napoléon) eller på grund av inflytande som kan härledas till napoleonkrigen. Det franska inflytandet gäller för övrigt en mängd stater utanför Europa som legat under fransk kolonial överhöghet, liksom ett stort antal latinamerikanska länder som recipierat fransk rätt (och juridisk institutionell struktur) som ett alternativ till den tidigare kolonialmaktens rätt; den franska modellen framstod här som det revolutionära och upplysta alternativet. Se ang. dessa frågor exempelvis Zweigert & Kötz, kap. 8:II-VII.

och undersökningsdomare. I konstitutionella sammanhang finns gemensamma drag i förekomsten av ett "högt råd för magistraturen" eller liknande med uppgiften att medverka i domarrekruteringen, åtminstone på högre nivåer, och att handlägga disciplinfrågor och dylikt.

Ingen av de jämförda ländernas konstitutioner räknar upp samtliga domstolar. I likhet med regleringen i den svenska regeringsformen är det istället vanligt att de högsta domstolarna, eventuellt också appellationsdomstolar på mellannivå, räknas upp i grundlagstexten. Det senare var även fallet i Sverige under 1809 års regeringsform; den nuvarande regleringen anger endast vilka de högsta domstolarna är.

Inte heller brukar sammansättningen (förutom av författningsdomstolarna) vara bestämd direkt i grundlag, utan det vanligaste är en föreskrift om att sådana bestämmelser skall ges i lag. Också i den svenska regeringsformen finns sådana regler, nämligen RF 11:1 st 2 om att annan domstol än Högsta domstolen och Regeringsrätten inrättas "med stöd av" lag, RF 11:1 st 3 om att det vid domstol skall finnas ordinarie domare (undantag finns) och RF 11:4 om att domstolarnas rättskipningsuppgifter och "huvuddragen" av deras organisation skall bestämmas i lag.

Vad beträffar konstitutionella garantier för judiciellt oberoende förekommer i många europeiska länder att domaren vid avgörandet av mål och ärenden skall vara bunden endast av lagen.⁴⁶¹ I Sverige motsvaras detta av formuleringen i RF 11:3 "ingen myndighet, ej heller riksdagen, får bestämma, hur domstol skall döma i det enskilda fallet eller hur domstol i övrigt skall tillämpa rättsregel i särskilt fall". Detta utgör ett förbud mot inblandning i domarnas rättstillämpande verksamhet, men är till sin omfattning snävare än en regel av innebörd att domaren endast har att rätta sig efter lagen. En regel som kompletterar RF 11:3 finns i RF 1:1 st 3 (den offentliga makten utövas under lagarna), eventuellt läst tillsammans med 1:9 (domstolar... skall i sin verksamhet beakta allas likhet inför lagen samt iakttaga saklighet och opartiskhet). Dessa föreskrifter utgör emellertid inte någon direkt motsvarighet till de ovan beskrivna reglerna om att en domare *endast* får beakta lagen och rättsreglerna vid ämbetsutövningen. Syftet med en sådan föreskrift måste ju vara att understryka domarens oberoende av alla ovidkommande hänsyn och önskemål; typisk inblandning i domstolarnas verksamhet kanske inte äger rum genom formella beslut hos myndigheter utan genom andra typer av påtryckningar.

I många länder förekommer en allmänt bredare definition av domstolarnas kompetens än i Sverige. I exempelvis Danmark får domstolarna ta upp alla frågor om "övrighedsmyndighedens gränser" (generell laglighetspröv-

⁴⁶¹ En typisk formulering kan exemplifieras av den aktuella bestämmelsen lydelse i den irländska konstitutionen (art. 35.2): "All judges shall be independent in the exercise of their judicial functions and subject only to this Constitution and the law."

ning av myndighetsbeslut, § 63). I Litauen har domstolarna exklusiv rättsskipningskompetens ("exclusive right to administer justice", art 109).

Beträffande utbildning kräver flera europeiska grundlagar att föreskrifter om behörighetskrav och utbildning för domare skall ges i lag. I Sverige meddelas sådana föreskrifter av regeringen genom förordning (RB 4:1 st 3). Frågan om vilken utbildning och andra villkor för att få utöva domarsysslor är av central betydelse för vilka som hamnar i domarpositioner, vilket kan göra det motiverat att ge sådana föreskrifter i lag.

En intressant kuriositet är att flera av de studerade konstitutionerna föreskriver dels att domstolsavgöranden skall vara motiverade, dels att dom skall avkunnas muntligen med sittande rätt ("in public court session", "in open court"). Syftet med sådana bestämmelser är rimligen att stärka och förtydliga domstolarnas offentliga funktion. Sverige saknar motsvarande regler i RF. I rättegångsbalken finns regler om att domar skall avfattas skriftligen (RB 17:7, 30:5) och i vissa fall muntligen (RB 30:7); det vanligaste torde vara att domen meddelas genom att den hålls tillgänglig på domstolens kansli, s.k. kanslidom, om inte domen avkunnas i direkt anslutning till huvudförhandlingen.⁴⁶² Särskilda sammanträden för att avkunna dom förekommer knappast.⁴⁶³ Man kan förstås diskutera i vilka avseenden detta kan påverka uppfattningen av domstolen och dess auktoritet. Ett skäl för muntligt avkunnande av domar kan vara att domen då ger starkare intryck, särskilt i brottmållssammanhang, och att det kan fylla ett pedagogiskt syfte.⁴⁶⁴ För egen del tror jag att muntligt avkunnande av domen kan ha betydelse för uppfattningen av domstolens auktoritet. Att få en brottmålsdom med kanske mycket ingripande följder levererad via domstolens kanslilucka eller till häktescellen har något byråkratiskt och opersonligt över sig.

⁴⁶² Se ang. detta E Bylander, *Muntlighetsprincipen* (2006), s 123 f.

⁴⁶³ E Bylander 2006 s 124. Enligt JO 1975 s 116 bör modellen med avkunnande vid särskilt sammanträde som huvudregel inte tillämpas.

⁴⁶⁴ E Bylander 2006 s 412, som även anför prop. 2004/05:131 s 143: "Att den unge får sammanträffa personligen med företrädare för rättsväsendet fyller ett viktigt pedagogiskt syfte."

6 Domarrollens institutionella kontext

6.1 Inledning

Som vi har sett förutsätts domaren vara självständig. Det framgår av grundlag och av andra rättsliga dokument, och det förväntas vara så i enlighet med rättsstatsideologin och den rättskultur vi har i vårt land. Domarens arbete äger emellertid inte rum i någon rättslig idealvärld utan i ett bestämt organisatoriskt sammanhang, nämligen domstolarna, vilka i sin tur befinner sig i en samhällelig kontext. Hur dessa regleras och organiseras har stor betydelse för bedömningen av den judiciella självständighetens kvalitet och av den professionella autonomins utsträckning. Mer konkret betyder löneförhållanden, arbetsbelastning, karriärmöjligheter, administrativ struktur, utbildningsplaner och mycket annat en hel del för möjligheten att vara självständig som domare. Förutsättningarna kan dessutom skilja sig åt beroende på var i domstolsorganisationen domaren befinner sig. Avsikten med detta kapitel är att kritiskt undersöka dessa organisatoriska och administrativa ramar för domaryrket.

6.2 Domstolsorganisationen

6.2.1 *Allmänt*

Bestämmelser om domstolsväsendets organisation och tillhörande frågor återfinns i rättegångsbalkens första avdelning, dvs. kapitlen 1 till och med 9. Kapitel 1-3 handlar om de olika instanserna i de allmänna domstolarna och kapitel 4 om domare. Till detta kommer de olika instruktionerna för tings- och hovrätterna samt HD.

Det är regeringen som beslutar om tingsrätternas antal och indelningen i domsagor (RB 1:1 st 2), medan hovrätterna är uppräknade i lagtexten (RB

2:6 st 1). Det är emellertid regeringen som förordnar om hovrätternas domkretsar (2:6 st 2). Vad Högsta domstolen beträffar är dess existens föreskriven redan i grundlag (RF 11:1), men antalet justitieråd anges i lag (RB 3:4). Intressant i sammanhanget är att lagtexten endast anger ett minsta antal justitieråd (14 stycken) ”eller det högre antal som behövs”. Detta innebär alltså att det inte finns några lagliga hinder mot att fylla HD med ett obegränsat antal ledamöter (s.k. ”court packing”). Minimiantalet minskades genom en lagändring 1996 från tjugo till fjorton efter ett förslag från HD.⁴⁶⁵ Sådana ändringar av antalet ledamöter har skett flera gånger tidigare efter förslag från domstolen, beroende på vilket behov domstolen har ansett sig ha på grund av måltillströmning, vilket i sin tur är beroende av fullföljds- och domförhetsregler med mera. En tidigare sådan ändring gjordes 1994 varvid även det krav på särskilda skäl som tidigare fanns för att ha fler ledamöter i HD än det föreskrivna minimiantalet avskaffades.⁴⁶⁶ I själva verket har HD själv understrukit vikten av att det inte finns några rättsliga hinder för en anpassning av ledamotsantalet till vad som vid varje tidpunkt behövs.⁴⁶⁷ Detta är en nyordning jämfört med vad som gällde tidigare, åtminstone fram till 1973 fanns det regler i RB 3:4 och lagen om allmänna förvaltningsdomstolar som föreskrev ett högsta antal på 22 justitieråd och 18 regeringsråd.

Avsaknaden av bestämmelser om ett högsta antal justitie- och regeringsråd gör det möjligt, som konstaterats ovan, att fylla domstolarna med hur många ledamöter som helst så länge det anses föreligga ett behov av ett större antal ledamöter. Antalet ledamöter i de högsta domstolarna kan således ökas utan lagändring. Frågan är om en sådan reglering är principiellt rimlig. De högsta domstolarnas sammansättning bör inte kunna ändras genom enkla regeringsbeslut om man eftersträvar konstitutionell stabilitet och judiciell självständighet. Istället för principiella överväganden synes pragmatism och flexibilitet ha varit de dominerande skälen när regleringen av de högsta domstolarnas sammansättning antogs. Det är ytterligare ett exempel på hur pragmatismen genomsyrar synen på och regleringen av domare i Sverige.

6.2.2 *Tingsrätterna*

Rättegångsbalkens första kapitel innehåller föreskrifter om underrätterna i det allmänna domstolväsendet. Kapitlet fick en helt ny lydelse i samband med 1969 års reform av underrättsorganisationen, då städernas rådhusrätter

⁴⁶⁵ Prop. 1995/96:116.

⁴⁶⁶ Prop. 1993/94:190 s 110 f.

⁴⁶⁷ Prop. 1995/96:116 s 10.

och landbygdens häradsrätter avskaffades. Istället infördes en enhetlig underrättsorganisation med tingsrätter. Benämningen underrätter används inte i nyare lagstiftning.⁴⁶⁸

Huvudregeln är att tingsrätten består av en lagfaren domare (RB 1:3). Förutom i mindre kvalificerade mål är dock det vanligaste att tingsrätten vid huvudförhandling i tvistemål består av tre lagfarna domare och vid huvudförhandling i brottmål av en lagfaren domare samt tre till fem nämndemän (RB 1:3a resp. 1:3b). Avvikelse förekommer i olika särbestämmelser; inte minst finns möjlighet att låta olika typer av sakkunnigledamöter ingå i rätten (RB 1:8).

I detta sammanhang kan det vara värt att notera att de gamla häradsrätterna bestod av en lagfaren domare och nämnd, medan rådhusrätterna bestod av enbart lagfarna domare. Således har äldre regler om häradsrätt haft inflytande på brottmålsreglerna och reglerna om rådhusrätt haft inflytande över tvistemålsreglerna.⁴⁶⁹

Möjligheten att låta en ensam domare handlägga ett mål är i själva verket ganska begränsad, trots att huvudregeln om ensamdomare i RB 1:3 är obligatorisk, vilket innebär att en starkare sammansättning inte är tillåten om inget annat är föreskrivet.⁴⁷⁰ I tvistemål skall tingsrätten bestå av en ensam domare om huvudförhandlingen hålls i förenklad form (RB 1:3a st 2). Det finns även möjlighet till ensamdomare om rätten anser det tillräckligt att en domare sitter i rätten och parterna samtycker till det, *eller* om målet är av enkel beskaffenhet (RB 1:3a st 3). Enligt förarbetena skall det normalt inte förekomma att ett mål med omfattande bevisning avgörs av en ensam domare, och detsamma gäller om det förekommer svåra rättsfrågor. Här får avgörandet beträffande domstolens sammansättning ledas av domarens egna kunskaper och erfarenheter.⁴⁷¹ Även i samtyckesfallet är det rättens egen bedömning som faller det slutliga avgörandet; parterna kan alltså inte kräva att domstolen skall bestå av en enda domare. Syftet med detta är dels att undvika att domare på grund av t.ex. en pressad arbetssituation tar på sig ett större eller svårare mål än vad som är motiverat, dels att parterna inte skall kunna tvinga en domare att ta på sig ett svårare mål än han eller hon anser sig klara av.⁴⁷²

I brottmål kan rätten bestå av en ensam domare i mål om brott för vilket det inte är föreskrivet svårare straff än fängelse i högst sex månader och det inte finns anledning att döma till svårare straff än böter (RB 1:3b st 2). Det

⁴⁶⁸ P Fitger, *Kommentar till Rättegångsbalken*, Inledning till 1 kap. Man kan fråga sig varför, eftersom det kan vara praktiskt med en sammanfattande benämning på exempelvis tings- och länsrätter.

⁴⁶⁹ P Fitger, Inledning till 1 kap.

⁴⁷⁰ P Fitger 1:3.

⁴⁷¹ Prop. 1988/89:95 s 75.

⁴⁷² P Fitger 1:3a. Observera dock att särskild hänsyn till parternas önskemål skall tas i familjemål, a st.

innebär att rätten måste göra en preliminär bedömning av påföljdsvalet. Att döma av uttalanden i förarbetena torde detta innebära att nämndemän måste ingå i rätten om det inte står helt klart att endast böter kan komma ifråga.⁴⁷³ En tingsnotarie får inte handlägga brottmål ensam (tingsrättsinstruktionen 19 §).

Det är intressant i sammanhanget att man inte har velat utöka området för endomarkkompetens mer än vad som redan gjorts, trots de senaste årens rationaliseringsiver. Möjligen har det demokratiska argumentet om lekmanadeltagande spelat en viktig roll beträffande brottmålen, eller önskemålet om insyn i domstolarnas verksamhet.

Underrätsorganisationen är inte enhetlig, utan det finns en mängd bestämmelser för olika typer av mål som vissa domstolar ensamma handlägger, exempelvis fastighets-, patent- och miljömål. Huvudregeln är emellertid att tingsrätt är allmän underrätt och första domstol (RB 1:1). 2009 finns det enligt Domstolsverket 50 tingsrätter.

Lagmannen är chef för tingsrätten (RB 1:2) och fattar i normalfallet besluten i administrativa ärenden, t.ex. framställningar om att få ut allmänna handlingar, förordnande av tolk, ersättning till nämndemän och ärenden om borgerlig vigsel, men detta kan delegeras i viss omfattning (tingsrättsinstruktionen 28 §). Ärendena kan då avgöras kollektivt i plenum eller kollegium. Plenum består av lagmannen som ordförande samt alla som är eller har tidsbegränsad anställning som rådmän, fastighetsråd, miljöråd eller tingsfiskal, och kollegium består av lagmannen som ordförande, två eller tre chefsrådmän samt chefen för den administrativa enheten (tingsrättsinstruktionen 29-30 §§). Kollegieledamöterna utses av plenum.

För övrigt finns på varje tingsrätt chefsrådmän och rådmän, som är ordinarie domare, och av tingsfiskaler och tingsnotarier som har vissa dömande uppgifter men som samtidigt är under utbildning. De är lagfarna, men icke ordinarie domare.

6.2.3 Hovrätterna

Hovrätterna är främst överklagandeinstans för mål som fullföljs från tingsrätterna (RB 2:1). Till skillnad från tingsrätterna räknas hovrätterna upp i lag, nämligen i RB 2:6. Chef för hovrätten är en hovrättspresident, och övriga tjänstekategorier är hovrättslagmän och hovrättsråd (RB 2:3) samt de icke ordinarie kategorierna hovrättsassessor och hovrättsfiskal.

I tvistemål skall hovrätten bestå av tre till fem lagfarna domare (RB 2:4). I brottmål gäller att hovrätten är domför med tre lagfarna ledamöter och två nämndemän, men om det inte finns anledning att döma till svårare straff än

⁴⁷³ NJA II 1982 s 391 f samt Fitger 1:3b.

böter krävs inga nämndemän. Vissa särbestämmelser finns ifråga om familjemål (ÄktB 14:18, FB 20:1) och några andra målkategorier.

Nämndemännen i hovrätt infördes 1 januari 1977. Tidigare hade hovrätterna således endast bestått av lagfarna domare. Reformen motiverades med allmänna skäl för lekmannainflytande inom olika sektorer av samhällslivet, nämligen krav på insyn och kontroll och medbestämmanderätt, samt ifråga om domstolarna även att det ger ”ökade möjligheter att fatta riktiga avgöranden”. Fördelarna med att ”så mycket som möjligt av allmänna erfarenheter och kunskaper tillförs domstolarna” ansågs uppenbara.⁴⁷⁴ I propositionen som föregick reformen underströks särskilt behovet av insyn.⁴⁷⁵

Under utredningen hade som skäl mot lekmannamedverkan anförts att tyngdpunkten i rättsskipningen låg i första instans. Under senare år har denna utveckling accentuerats såtillvida att krav på prövningstillstånd införts i många målkategorier i hovrätten och att möjligheterna att koncentrera bedömningen på rättsfrågor har ökat. Motiven för att bibehålla ordningen med nämndemän i hovrätterna kan därför ha försvagats, något som bl.a. diskuterades av 1994 års domarutredning.⁴⁷⁶

6.2.4 Högsta domstolen

Högsta domstolen är högsta allmänna domstol (RF 11:1). HD är också överrätt i mål som fullföljs från hovrätten men rätten att överklaga är mycket begränsad genom att kravet på prövningstillstånd är omfattande. När det gäller några mycket speciella måltyper, nämligen mål om ansvar eller enskilt anspråk på grund av brott i tjänsteutövningen av statsråd och vissa höga ämbetsmän och domare, är emellertid HD första (och sista) instans (RB 3:3). HD:s främsta uppgift i den rättsliga vardagen är att pröva mål som kan vara av ledning för rättstillämpningen (prejudikatmål) samt att pröva ansökningar om resning eller återställande av försutten tid.

HD består av fjorton justitieråd eller det högre antal som behövs (RB 3:4).⁴⁷⁷ Det finns inga särskilda skäl för att minimiantalet skall få överskridas.⁴⁷⁸ Justitieråden utnämns av regeringen och kan avsättas endast efter ett förfarande i enlighet med RF 12:8, nämligen efter prövning i HD; talan får endast väckas av JO eller JK.

Ett av justitieråden skall vara HD:s ordförande. Ordförandens uppgift är bland annat att genomföra den interna styrning och kontroll som Dom-

⁴⁷⁴ Ds Ju 1975:1.

⁴⁷⁵ Prop. 1975/76:64 s 35 ff. Se även C Diesen, *Lekmän som domare* (1996), s 131 f.

⁴⁷⁶ SOU 1994:99 del A s 310 f.

⁴⁷⁷ Senast ändrat genom lag (1995:315).

⁴⁷⁸ Prop. 1993/94:190 s 111.

stolsverket ansvarar för enligt förordningen (2007:1073) med instruktion för Domstolsverket, det vill säga internrevision enligt internrevisionsförordningen (2006:1228). Ordföranden ansvarar vidare för att verksamheten ”bedrivs effektivt enligt gällande rätt och de förpliktelser som följer av Sveriges medlemskap i Europeiska unionen samt att Högsta domstolen hushållar väl med statens medel”.⁴⁷⁹ När ordföranden är frånvarande får det inte fattas beslut av större vikt som kan anstå utan olägenhet. Inte heller får det vidtas åtgärder som rubbar eller ändrar föreskrifter som HD har meddelat eller riktlinjer som HD har beslutat.⁴⁸⁰

Grundlagsutredningen har föreslagit att åtal mot justitieråd för brott i utövningen av tjänsten skall prövas av Regeringsrätten istället för HD, medan den nuvarande ordningen behålls för regeringsråden. Samma ordning föreslås gälla vid prövning av frågor som rör justitieråds skiljande från anställningen, avstängning eller skyldighet att genomgå läkarundersökning. På detta sätt åstadkommer man en korsvis prövning som innebär att ingen av de högsta domstolarna prövar mål som rör den egna domstolens ledamöter.⁴⁸¹

6.2.5 Behörighetskrav och utnämning

RB 4:1 slår till en början (st 1) fast att lagfaren domare skall vara svensk medborgare och ha avlagt ”för behörighet till domarämbete föreskrivna kunskapsprov”. Regeringen förordnar om kunskapsprov och villkor i övrigt (st 3).⁴⁸² Den som är försatt i konkurs eller har förvaltare enligt föräldrabalken får inte utöva domarämbete (st 2).⁴⁸³ Utöver dessa allmänna behörighetsregler finns regler om domarjäv i RB 4:13, alltså diskvalifikationsgrunder som kan göra en domare obehörig att delta i handläggningen av ett visst mål.⁴⁸⁴

Man kan diskutera det lämpliga i att regeringen förordnar om vilka kunskapskrav som skall gälla för domare. Genom att ändra dessa krav i ett enkelt förordningsbeslut skulle regeringen kunna åstadkomma radikala föränd-

⁴⁷⁹ 2 § förordningen (1996:377) med instruktion för Högsta domstolen (HD-instruktionen). Formuleringen är en modifikation av 3 § myndighetsförordningen (2007:515). Skillnaden är att myndighetsförordningen anger att myndighetens ledning ansvarar inför regeringen för verksamheten.

⁴⁸⁰ 23 § HD-instruktionen.

⁴⁸¹ SOU 2008:125 s 341.

⁴⁸² Enligt förordning 2007:386 gäller juristexamen eller motsvarande äldre examen som kunskapsprov för behörighet att utöva domartjänst. Förordningen hänvisar i sin tur till bilaga 2 till Högskoleförordningen (1993:100).

⁴⁸³ Om en person som dömt eller beslutat på domstolens vägnar utan att uppfylla de allmänna behörighetsvillkoren innebär inte i sig att avgörandet är en nullitet, utom när någon helt ovidkommande person har dömt i ett mål. Normalt måste den förfördelade överklaga eller klaga över domvillan. P Fitger 4:1.

⁴⁸⁴ För en utförlig redogörelse, se E Tiby, *Domarjäv* (1993).

ringar i rekryteringen av domare, och exempelvis efter ett mycket enkelt kunskapsprov kunna uttradera kravet på juridisk kompetens i domstolarna. Detta är en farlig konstitutionell lucka. Principiellt vore det därför lämpligare att kunskapskravet uppställdes i lag. Överväganden om flexibilitet torde vara mindre viktiga i detta sammanhang.

Delvis samma kritik kan framföras beträffande att detaljerna kring juristexamen utfärdas av Högskoleverket. Emellertid är det konkreta innehållet i juristutbildningen kontrollerat av de juridiska fakulteterna och därmed av juristprofessionen, vilket gör faran för snabba förändringar av utbildningens innehåll mindre överhängande.

Lagstiftaren ställer, intressant nog, hårdare krav på advokater. Kunskapskraven är desamma som för domare, medan medborgarskapskravet är uttunnat, RB 8:2 st 1 pp 1-2. Den som vill bli advokat skall emellertid även visa att han eller hon är redbar och i övrigt lämplig för att vinna inträde i Advokatsamfundet, vilket innebär att sökandens allmännaandel kan ligga till grund för bedömningen, RB 8:2 st 1 pp 4-5.⁴⁸⁵

Lagmän i tingsrätter, hovrätternas presidenter, lagmän och vice ordförande samt Högsta domstolens justitieråd skall utnämnas av regeringen (RB 4:2). I enlighet med delegationsregeln i RF 11:9 st 1 innebär detta att övriga domare i de allmänna domstolarna kan utnämnas av den myndighet regeringen bestämmer. I praktiken är det emellertid regeringen som tillsätter samtliga ordinarie domare, se t.ex. tingsrättsinstruktionen 39 § som föreskriver att rådmän m.fl. skall anställas med fullmakt av regeringen efter förslag av Domarnämnden.⁴⁸⁶ Lagmännen i Stockholms, Göteborgs och Malmö tingsrätt skall enligt samma bestämmelse anställas av regeringen efter anmälan av Domstolsverket.

För justitieråden, presidenter och lagmän i kammarrätt och hovrätt och lagmännen i de ovannämnda tingsrätterna gäller än så länge att de tillsätts av regeringen efter kallelse.⁴⁸⁷ Kallelseförfarandet, som kan betecknas som den sista resten av ett kungligt prerogativ⁴⁸⁸ beträffande utnämningen av höga ämbetsmän, har varit omdiskuterat. Grundlagsutredningen har föreslagit att förfarandet avskaffas och att alla domarbefattningar skall ledigförklaras innan de tillsätts. Skälen för detta är enligt utredningen öppenhets- och de-

⁴⁸⁵ Jfr även ovan kapitel 5 om anställningsskyddet för domare jämfört med det för advokater.

⁴⁸⁶ Se vidare nedan om Domarnämnden och dess föregångare, Tjänsteförslagsnämnden för domstolsväsendet (TFN).

⁴⁸⁷ Detta framgår av 25 § förordningen (1996:377) med instruktion för Högsta domstolen, 36 § förordningen (1996:379) med hovrättsinstruktion och 38 § förordningen (1996:381) med tingsrättsinstruktion. Samtliga berörda bestämmelser anger att 6 § anställningsförordningen (1994:373) inte skall tillämpas vid tillsättning av de aktuella tjänsterna. Den sistnämnda bestämmelsen anger att en myndighet som avser att anställa en arbetstagare skall informera om detta så att de som är intresserade av anställningen kan anmäla detta till myndigheten.

⁴⁸⁸ Sedan länge utövat av regeringen.

mokratihänsyn och möjligheten få kännedom om kandidater som inte hade fångats upp med ett slutet tillsättningsförfarande.⁴⁸⁹

Regeringen förordnar om regler för beviljande av ledighet och vikarier i hovrätt och tingsrätt, RB 4:4. I HD gäller istället att ett pensionerat justitieråd kan kallas in för tjänstgöring om någon av de ordinarie är sjuka eller liknande (RB 3:4 st 6). Det är HD som själv förordnar och det får endast ske i akuta undantagsfall.

6.2.6 *Lagfarna och icke lagfarna domare*

Denna avhandling handlar om professionella domare, men det kan ändå vara värt att kort ta upp frågan om lekmanamedverkan i domstolarna. Kravet på lekmanamedverkan kan nämligen säga något om synen på de professionella domarna.

Lekmän i form av nämndemän medverkar i brottmål i tingsrätt och hovrätt. I tingsrätten är de i majoritet medan de professionella domarna är i majoritet i hovrätten. Nämndemän medverkar också i de flesta s.k. familjemål i både tingsrätt och hovrätt (ÄktB 14:17-18 samt FB 20:1). Ett speciellt fall av lekmanamedverkan är juryn i tryck- och yttrandefrihetsmål (TF 12:2, YGL 9:1). Till skillnad från nämndemän har jurymän endast att ta ställning till frågan om brott skall anses ha förelegat.

Debatten om för- och nackdelar med lekmanamedverkan i dömandet är omfattande och kan inte tas upp som en särskild fråga i detta sammanhang, men en del av argumenten förtjänar att återges.⁴⁹⁰

Några av de vanligaste argumenten för lekmanamedverkan i domstolarna är att det medför större legitimitet och förtroende för rättskipningen, att det medför demokratisk insyn i och kontroll av domstolarna, att det tillför ett element av folkligt rättsmedvetande, så att rättskipningen inte blir alltför teknokratisk, samt att rättskipningen tillförs ökade referensramar i form av breddad livserfarenhet i rätten.

Enligt en undersökning som har genomförts av Domstolsverket och SCB gav resultatet att allmänhetens förtroende för nämndemännens kompetens att döma korrekt var mycket svagt. Ett skäl kan vara att kunskapen om nämndemännens funktion är bristfällig hos många.⁴⁹¹ Detta resultat framstår som mycket anmärkningsvärt mot bakgrund av att nämndemännens uppgift är att representera allmänheten.

Den viktigaste invändningen mot lekmän som domare är enligt Diesen att de saknar juridisk kompetens. En person som inte behärskar eller ens i

⁴⁸⁹ SOU 2008:125 s 328.

⁴⁹⁰ För en utförlig redogörelse och diskussion, se C Diesen 1996.

⁴⁹¹ S Heuman i SvJT 2009 s 50.

grova drag är bekant med rättens uppbyggnad, den juridiska tekniken, praxis och tolkningsmetoder kan inte förväntas komma fram till de resultat lagstiftaren förväntat, särskilt i gränsfallen.⁴⁹² Inte minst kan det skapa problem för enhetligheten i rättstillämpningen och för metod- och rättsutveckling. Mot detta kan man förstås invända att det är just lekmännens brist på juridisk kompetens som är deras största tillgång – tanken är att de skall bidra med ”sunt förnuft” och breddad referensram. I rättsfrågorna är det i alla fall den juridiskt skolade domaren som formulerar problemställningarna och redogör för gällande rätt. Han eller hon har således ett reellt kunskapsövertag, vilket kan tänkas påverka handläggningen av målet.⁴⁹³ I formell mening är emellertid yrkesdomare och lekmän jämställda, vilket i tingsrätterna innebär att lekmännen de facto kan avgöra utgången i varje mål. Jämfört med den tidigare ordningen i härads- och rådhusrätter innebär detta en klar urholkning av den professionella domarrollen. Bakom de motiv som fanns för att utöka lekmännens medverkan i domstolarna måste också ha legat en politisk vilja att försvaga de professionella domarnas roll, som i sin tur grundades på en misstro mot domarnas professionella omdöme. Det är tveksamt om ett politiskt förslag om att införa lekmanamedverkan i sjukvården, skolundervisningen eller forskningen skulle vinna gehör.

I sammanhanget kan det vara värt att påpeka att lekmanamedverkan i de svenska domstolarna bygger på en imponerande lång historisk tradition; Diesen nämner att den svenska nämnden har funnits i över 800 år.⁴⁹⁴ Detta är i sig kanske inget argument för lekmanamedverkan men man bör komma ihåg att inslaget av lekmän i domstolarna inte från början är en produkt av ”demokratiska” strävanden att försvaga ämbetsmännens ställning. Förstärkningen av lekmannainslagen i domstolarna under 1970-talet, särskilt införandet av nämndemän i hovrätt och kammarrätt, bör dock enligt min uppfattning ses som ett led i en sådan strävan.

Det svenska systemet, som innebär att nämndemännen nomineras av de politiska partierna och väljs av kommun- och landstingsfullmäktige, kan dessutom innebära en risk för politisering av rättstillämpningen. Förekomsten av partipolitiskt valda personer i domstolarna framstår i alla fall enligt min uppfattning som en anomali. Diesen menar för sin del att det går en skiljelinje mellan den professionella domaren som statens representant och lekmanadomaren som ”folkets” representant. Den beskrivningen kan nog stämma bra i en äldre typ av samhälle, där ämbetsmännen var knutna (ofta genom personlig lojalitet i något avseende, t.ex. adelskap) till fursten eller

⁴⁹² C Diesen 1996 s 38. Det är intressant att Diesen, som är jurist, endast nämner ”det resultat lagstiftaren förväntat”, som om all rätt emanerade från ”lagstiftaren”. Att vara bekant med rättsreglerna torde möjligen innebära något mer än att bara komma fram till ”det resultat lagstiftaren förväntat”.

⁴⁹³ Se även T Lagerström 1977.

⁴⁹⁴ C Diesen s 13.

motsvarande och judiciellt oberoende knappast var en realitet, men det är inte säkert att den distinktionen håller idag.

I det svenska politiska systemet spelar både yrkes- och lekmannapolitiker en stor roll. De politiska organens inflytande har ökat i takt med att välfärdsstaten har byggts ut under 1900-talet, vilket skulle kunna tala för att lekmannadomaren likaväl som den professionella domaren är en representant för staten. Under de senaste decennierna har dessutom en ny rättighetsdiskurs vunnit insteg i rättstillämpningen, särskilt genom Europakonventionens inflytande. Vid tillämpning av rättighetsregler handlar det i allmänhet om att bedöma den enskildes rätt gentemot politiska och andra offentliga organ, och man kan fråga sig om politiskt tillsatta lekmannadomare är rätt personer att göra de bedömningarna. I rättighetsfrågor kan det istället ligga närmare till hands att betrakta domaren som bevakare av den enskildes rätt gentemot det allmänna, förutsatt att denne är skolad och redo för en sådan uppgift. Risken är att politiskt tillsatta lekmannadomare får problem med att kombinera sina roller som politiker och domare; rollen i myndighetsutövande sammanhang är en annan än politikerrollen.⁴⁹⁵

Att döma av den politiska diskussionen under senare år lär dock ingen förändring avseende nämndemännens roll vara nära förestående. Tvärtom förefaller det råda politisk konsensus kring fördelarna med nämndemanna-systemet i enlighet med den argumentationslinje som återgivits ovan.⁴⁹⁶

Nämndemännens funktion som bevakare av domstolarnas demokratiska lojalitet kan diskuteras, särskilt mot bakgrund av hur svenska domare utnämns och hur deras karriärvägar ser ut. Genom att många domare i karriären under kortare eller längre tid tjänstgör i regeringskansliet, i parlamentariska utredningar eller hos olika myndigheter kan man ifrågasätta om de inte under denna tid hinner bygga upp en gedigen lojalitet med staten och i första hand identifierar sig med staten och dess intressen. I värsta fall kan det innebära en lojalitet med viss lagstiftning, som domaren eventuellt själv har varit med om att arbeta fram, men mer generellt kan det handla om att man genom många år i statlig tjänst identifierar sig med statstjänstemannarollen snarare än med ”den rättsökande allmänheten”. Till detta kommer den betydelse som departementstjänstgöringen har för domarens fortsatta karriär och som rimligen borde ha betydelse för lojaliteten.

Genom att den professionella domaren främst alltså kanske känner tillhörighet till yrkeskåren och ”systemet” kan det således tänkas att lekmännen, som utses på kommunal nivå och kanske inte på samma sätt känner lojalitet gentemot en lagstiftare som kan uppfattas som avlägsen, i sammanhanget blir just en representant för det allmänna och för ”det allmänna

⁴⁹⁵ Se L Lerwall, *Ledamot av socialförsäkringsnämnd – ett meningsfullt uppdrag?* (2003) för en genomgång och diskussion av lekmannamedverkan i socialförsäkringsnämnder.

⁴⁹⁶ Se t.ex. SOU 2002:61 s 51 och prop. 2005/06:180 s 20.

rättsmedvetandet” i motsats till ”elitens” rättsuppfattning. Sammantaget blir intrycket splittrat.⁴⁹⁷

6.3 Förvaltningsdomstolarna

För förvaltningsdomstolarnas vidkommande motsvaras regleringen i rättegångsbalken i en mängd hänseenden av lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar och förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL.

De allmänna reglerna om domare i 4 kap. RB gäller även för domare i förvaltningsdomstolar. I 3 § 1 st lagen om allmänna förvaltningsdomstolar finns emellertid en kuriös undantagsregel för regeringsråd, nämligen att minst två tredjedelar av regeringsråden skall vara lagfarna. Ursprunget till denna regel återfinns i beredningsarbetet inför inrättandet av Regeringsrätten. Tanken var då att skapa möjlighet för andra yrkesgrupper att ingå i domstolen, exempelvis personer som saknade formell juridisk utbildning men hade långvarig erfarenhet från förvaltningen.⁴⁹⁸ I Regeringsrätten, liksom i HD, minskades det föreskrivna minimiantalet ledamöter i och med en lagändring 1996. Vid ändringar av de lagstadgade kraven på antalet justitie- och regeringsråd förefaller det främst vara arbets- och processekonomiska argument som står i förgrunden, att döma av uttalanden i propositioner och remissvar.⁴⁹⁹

6.3.1 Förvaltningsdomstolarnas organisation

Förutom att RF 11:1 förklarar att Regeringsrätten är högsta förvaltningsdomstol, anges huvuddragen av förvaltningsdomstolsorganisationen i lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar 1 §. Under Regeringsrätten finns fyra regionala kammarrätter som räknas upp i lagtexten, och som första instans fungerar en länsrätt i varje län.

Ett speciellt förhållande inom förvaltningsrättens område är att den högsta administrativa rättskipningen inte odelat tillkommer Regeringsrätten, utan delvis har förbehållits regeringen, även om allt fler mål- och ärendetyper har flyttats från regeringen och förvaltningsmyndigheterna till dom-

⁴⁹⁷ Se vidare kap. 8 för en diskussion kring dessa frågor.

⁴⁹⁸ Prop. 1971:30, KU 36 och Prop. 1995/96:116, bet. 1995/96:JuU16. J Nordquist, *Domstolar i det svenska politiska systemet* (2001), s 97. I nuläget är emellertid samtliga regeringsråd lagfarna, se B Wennergren, *Förvaltningsprocesslagen m.m. En kommentar* (2006), s 47.

⁴⁹⁹ Se t.ex. prop. 1995/96:116 kap 7.

stolsväsendet under senare år. I EG-rättsliga sammanhang är dessutom EG-domstolen överordnad svenska domstolar.⁵⁰⁰

Det finns särskilda historiska skäl till beteckningarna Regeringsrätten och kammarrätterna. Regeringsrätten bildades 1909 för att ersätta den grupp av statsråd som tidigare kollegialt, som en domstol inom regeringen, hade svarat för den administrativa rättsskipningen. Kammarrätt var namnet på en domstol som fanns inom Kammarkollegiet, och senare som fristående domstol, för att ha jurisdiktion över fogdar och andra med redovisningsskyldighet. Kammarrätt i någon form har funnits sedan 1620-talet, dvs. ungefär lika länge som hovrätterna. När regionala förvaltningsöverrätter infördes 1971 valde man att behålla det gamla namnet kammarrätt, trots att uppgifterna förändrades jämfört med den gamla rikskammarrätten.⁵⁰¹

6.3.2 Länsrätterna

Även om det inte är formulerat på det sättet i den förvaltningsprocessrättsliga lagstiftningen, kan länsrätterna liknas vid ”allmänna underrätter” i detta sammanhang. I AFDL 14 § anges nämligen som huvudregel att om det i lag eller annan författning föreskrivs att talan skall väckas vid eller beslut överklagas till allmän förvaltningsdomstol (t.ex. FL 22a §) så skall det göras vid en länsrätt. Rätten till talan eller överklagande som sådan regleras emellertid i varje aktuell författning för sig. Ett skäl till detta är att det kan bli tydligare för allmänheten vad som gäller beträffande överklaganden.⁵⁰²

En länsrätt är normalt domför med en lagfaren domare och tre nämndemän, AFDL 17 §. Beredande åtgärder kan dock vidtas av en ensam lagfaren domare, och mål av enkel beskaffenhet kan även avgöras av ensamdomare, AFDL 18 §. I själva verket är det emellertid ett ganska stort antal mål som kan avgöras av ensamdomare i länsrätt, s.k. E-mål, AFDL 18 § 3 st.⁵⁰³

6.3.3 Kammarrätterna

Kammarrätterna är fyra till antalet och är i huvudsak överrätt i mål som fullföljts från länsrätt, men är även första instans i en del typer av mål, AFDL 8 §. Vid överklagande krävs i många fall prövningstillstånd, FPL 34a §.

Kammarrätterna är normalt domföra med tre lagfarna ledamöter, AFDL 12 §. Nämndemän (i minoritet) förekommer i kammarrätterna mestadels i

⁵⁰⁰ B Wennergren 2006 s 13.

⁵⁰¹ B Wennergren 2006 s 14.

⁵⁰² B Wennergren 2005 s 63.

⁵⁰³ Även B Wennergren 2005 s 69 ff.

mål där rätten skall avgöra lagligheten av administrativa frihetsberövanden, exempelvis enligt LVU, LVM, LPT eller smittskyddslagen. Jämfört med hovrätterna är det en större andel av den totala andelen mål som alltså avgörs utan medverkan av nämndemän.

6.3.4 Regeringsrätten

Regeringsrätten består av fjorton regeringsråd eller det högre antal som behövs, AFDL 3 §. Som nämnts ovan föreskrivs att endast två tredjedelar av regeringsråden behöver vara lagfarna. I dagsläget är emellertid samtliga regeringsråd lagfarna, och det var längesedan någon icke lagfaren domare satt i regeringsrätten. Bestämmelsen finns kvar eftersom man vid 1971 års förvaltningsrättsreform inte ville avskaffa möjligheten att utse personer utan juridisk examen till regeringsråd.⁵⁰⁴ Eftersom denna möjlighet inte utnyttjats på mycket länge kan man emellertid fråga sig om det inte numera är etablerad rättspraxis att regeringsråden måste vara lagfarna. Det skulle förmodligen väcka en del uppteend om man utsåg en person utan juridisk examen till regeringsråd.

I Regeringsrätten gäller motsvarande regler som i HD avseende möjligheten att förordna vikarier, dvs. ett pensionerat regeringsråd kan kallas in som ersättare vid ordinarie ledamots sjukdom ”eller därmed jämförlig omständighet”. Möjligheten har hittills (2005) inte utnyttjats.⁵⁰⁵ För regeringsråd gäller samma regler avseende oavsättlighet m.m. som för justitieråd (RF 12:8).

6.4 Domstolsverket

Vi har ovan i de internationella dokumenten sett att domstolsorganisationens utformning är betydelsefull för frågan om judiciell självständighet. En särskild fråga i svensk kontext är hur domstolarnas självständiga ställning rymmer med existensen av Domstolsverket, en central förvaltningsmyndighet som inrättades 1975. Detta avsnitt kommer dels att behandla den formella självständighetsfrågan, dels Domstolsverkets betydelse som förvaltningsmyndighet i förhållande till domstolarna. Ett verktyg härvid är Domstolsverkets eget material i form av tidskriften Domkretsen, verksamhetsplaner och rapporter.

⁵⁰⁴ B Wennergren 2005 s 47.

⁵⁰⁵ A st.

Inrättandet av verket var omstritt eftersom vissa befarade att den nya myndigheten skulle komma att inkräkta på domstolarnas självständiga ställning.⁵⁰⁶ DV har till uppgift att i administrativt hänseende leda och samordna domstolarnas verksamhet, meddela erforderliga föreskrifter och råd samt tillse att verksamheten bedrivs på ett effektivt sätt. Detta skall ske ”med iakttagande av domstolarnas självständighet enligt Regeringsformen vid fullgörande av deras dömande och rättstillämpande uppgifter”. Det finns också ett uttryckligt förbud för verket att fördela dömande uppgifter mellan enskilda domare.⁵⁰⁷

Att Domstolsverkets funktioner måste utföras med stor försiktighet för att inte komma i konflikt med självständigheten står således klart, och det är kanske främst en principiell och symbolisk fråga att ett verk underställt regeringen administrerar från regeringen i visst hänseende självständiga domstolar. Icke desto mindre finns det exempel på att i varje fall gränserna för vad som är acceptabelt för DV att göra har tangerats, något som kan illustreras av följande JO-ärende.

Verket hade i mars 1997 erhållit en promemoria från Riksskatteverket i vilken detta begärde att vissa mål skulle ges sådan förtur att preskription skulle undvikas. DV mångfaldigade handlingarna från RSV och vidarebefordrade alltihop till landets samtliga läns- och kammarrätter. Enligt DV:s yttrande över anmälan var åtgärden endast av s.k. ”praktisk natur”. JO Ek-lundh uttalade att

det är uppenbart att det inte hör till Domstolsverkets uppgifter att bistå en annan myndighet med distribution av partsinlagor till domstolar. Det är vidare klart att handlandet faller utanför tillämpningsområdet för bestämmelsen i 6 § förvaltningslagen om samverkan mellan myndigheter. [...] Jag instämmer i Domstolsverkets bedömning att dess handlande i aktuellt fall inte kan ses som något direktiv från verkets sida till de berörda domstolarna. Som Domstolsverket betonat i remissvaret är det emellertid av stor vikt att verket uppträder på ett sådant sätt att dess agerande inte orsakar något som helst tvivel i frågan om domstolarnas självständighet. Denna fråga är särskilt känslig i mål där staten är part. Mot bakgrund härav borde enligt mening Domstolsverket inte ha tillmötesgått Riksskatteverkets hemställan. Domstolsverket har, för det fall dess agerande orsakat något missförstånd, beklagat händelsen.”⁵⁰⁸

Även ganska små företeelser kan alltså vara känsliga ur ett självständighetsperspektiv. Som konstaterats ovan är även domstolarna underställda reger-

⁵⁰⁶ Prop. 1974:149 s 27 f och G Petrén i SvJT 1975 s 651-656.

⁵⁰⁷ Förordning (1988:317) med instruktion för Domstolsverket, 2 §.

⁵⁰⁸ JO 1999/2000 s 48.

ingen i statsrättsligt hänseende, men åtgärder som kan uppfattas som styrande i den dömande verksamheten är strängt förbjudna.

6.4.1 *Domstolsverket och aktuella administrativa trender*

När Stefan Strömberg tillträdde som generaldirektör och chef för Domstolsverket 1998 inleddes ett intensivt förändringsarbete. I en artikel av Strömberg i Svensk Juristtidnings temanummer om domstolar 2004 formulerar denne sin vision för domstolsväsendet och en programförklaring beträffande de förändringar som enligt hans mening måste till i olika avseenden. I fråga om den judiciella självständigheten yttrade generaldirektören följande.

När det gäller domstolskulturen är det viktigt att få loss domarna ur det intellektuella brottargrepp som vanföreställningen om den absoluta självständigheten innebär. Självständigheten är *ett* viktigt inslag i rättssäkerhetsbegreppet. Syftet med självständigheten är att domarna inte skall styras av andra i den dömande verksamheten. Det säger sig självt att detta är till för parterna och inte en arbetsmiljöfråga för domaren. För parterna är det väl så viktigt att domarens avgörande är förutsebart. Förutsebarheten innebär inte i sig en begränsning i domarens självständighet. Det som offras har väl främst med eventuell egensinnighet att göra.⁵⁰⁹

Uttalandet är intressant i flera avseenden. För det första ansåg generaldirektören för DV, vars uppgift alltså är att tillhandahålla administrativt stöd åt domstolarna,⁵¹⁰ att domarna satt fast i en vanföreställning om absolut självständighet. Han antydde samtidigt att en del ansåg att självständigheten var en arbetsmiljöfråga för domaren. Det är anmärkningsvärt att generaldirektören inte verkar se sambandet mellan ”arbetsmiljö” och självständigt dömande. För att faktiskt kunna vara självständig krävs att arbetsförhållandena medger det. För det andra förefaller generaldirektören ha menat att det är minst lika viktigt att ett avgörande är ”förutsebart”, vilket i sig skulle kunna kräva att en del ”egensinnighet” offras. Slutsatsen av detta måste bli att domaren får vara självständig, så länge han eller hon agerar förutsebart och inte tänker alltför egensinnigt. Det ligger ganska nära föreställningen om domaren som en subsumtionsautomat och är samtidigt främmande för uppfattningen om domaren som en självständig professionell.⁵¹¹ Man kan vidare kontrastera generaldirektörens yttrande med följande skrivning:

⁵⁰⁹ Stefan Strömberg i SvJT 2004 s 312.

⁵¹⁰ Förordningen (2007:1073) med instruktion för Domstolsverket, 1 §.

⁵¹¹ Se ovan kap. 2, 3 och 4.

Domarnas oberoende är en av hörnpelarna i en rättsstat. Nödvändigheten att främja domarnas oberoende inskränker sig inte till enskilda domare utan kan ha följdverkningar genom hela domstolsväsendet. Staterna bör därför tänka på att, även om en viss åtgärd inte direkt berör en enskild domare, så kan den ha följdverkningar på domarnas oberoende.⁵¹²

Den judiciella självständigheten är i första hand en konstitutionell garanti mot godtycklighet. Den professionella autonomi som domaren åtnjuter är något som han eller hon, i likhet med andra professionella, har erhållit i utbyte mot en viss självdisciplin eller rentav självexploatering, vilket bygger på att vinstintresse inte är arbetets drivkraft.⁵¹³ Istället drivs domaren av högre ideal, såsom lojalitet mot rättsordningen och rättvisan. Detta utbyte är till gagn för rättsordningen och staten på lång sikt, därför att de professionella inte i första hand är intresserade av sina egna arbetsvillkor utan av att tjäna professionens ideal. Ambitionen att bryta ner det professionella självbestämmandet och ersätta det med mer aktiv styrning kommer därför också på sikt att vara till skada för rättsordningen.

Jag har studerat Domstolsverkets verksamhetsplaner från 1999 fram till 2008 och ett antal rapporter och andra dokument som producerats av verket. Syftet med detta har varit att undersöka Domstolsverkets förhållande till de senaste årens administrativa trender och hur verket uppfattar sin roll och uppgift gentemot domstolarna och regeringen.

En snabb blick på verksamhetsplanerna avslöjar till en början att de blivit mer omfattande under den studerade perioden. 1999 års verksamhetsplan omfattar 16 sidor. Tre år senare har den vuxit till 19 sidor, 2003 till 25 sidor och 2004 är den på 29 sidor. Därefter omfattar planerna tre år i taget. Verksamhetsplan 2005-2007 omfattar sålunda 37 sidor och planen för 2006-2008 lika många. Om man vill kan man se detta som en reduktion, men eftersom åren 2006 och 2007 omfattas i bägge planerna är så nog inte fallet.

Verksamhetsplanerna omfattar i allmänhet ungefär likadana delar: någon form av omvärldsanalys som sammanfattar domstolsväsendets yttre förutsättningar, beskrivning av verksamhetsmål, utvecklingsprojekt och resursanvändning, budget, organisationsplan och återrappporteringskrav.

Särskilt under 2000-talet är det påtagligt att Domstolsverket har sett som sin uppgift att vara pådrivande och ”stödande” när det gäller att reformera domstolsväsendet i den riktning som regering och riksdag pekar ut. I verksamhetsplanerna under denna tid finns samma ”vision” uttryckt på sidan 2:

⁵¹² Förklarande bakgrundpromemoria till Europarådets rekommendation om domares oberoende, skicklighet och roll, punkt 3.

⁵¹³ Y Hasselberg 2009 s 7.

Domstolarna skall vara moderna och effektiva och bedriva en verksamhet som präglas av hög kvalitet och respekt för medborgarnas berättigade krav på ett väl fungerande rättsväsende.⁵¹⁴

De som arbetar i domstolarna skall ha stimulerande arbetsuppgifter och utvecklas fortlöpande.

Domstolarna skall vara attraktiva och säkra arbetsplatser som förmår locka till sig den bästa arbetskraften.

Domstolsverket skall på ett professionellt sätt verka för denna vision.

Det är naturligtvis lätt att raljera över det plattitydmässiga i den här typen av ”visioner”. Det är bara att sätta in negationer överallt – ineffektiv, omodern etc. – för att få en uppfattning om hur lite målsättningarna säger. Man kan också byta ut ”domstolarna” och ”rättsväsende” mot vilken annan myndighet som helst. Men i stället vill jag visa på hur domstolsväsendet här har hakat på en trend som blivit legio i både näringsliv och förvaltning, nämligen ett behov av att med olika dokument, målbeskrivningar etc. bevisa sitt existensberättigande. Målsättningarna blir nästan med nödvändighet så allmänt formulerade att det mesta kan tolkas in i dem. Modernitet, effektivitet, kvalitet, attraktivitet, professionalism och andra värden som räknas upp är knappast entydiga. Den omständigheten att Domstolsverket, liksom många andra organisationer, lägger ner allt mer tid, kraft och kostnader på så kallade ”skyltfönsterarrangemang” kan tyda på ett behov av självlegitimering. Med ”skyltfönsterarrangemang” avses produktion av strukturer som i sig har ringa (positiv) relevans för kärnverksamheten men som gör att yttre grupper som bevakar verksamheten (t.ex. politiker och massmedier) får ett intryck av att det är en välfungerande organisation. Sådana ”ceremoniella strukturer” blir ofta en väsentlig del av verksamheten i organisationer med oklara mål eller svårigheter att uppnå dessa. Man kan fråga sig i vilken utsträckning målen har någon egentlig betydelse för verksamheten, vilket hänger ihop med att de är vaga, svåra att realisera (jfr ovan) och att följa upp. Detta leder i sin tur till mätningar av om målen har uppfyllts, vilket kan medföra snedstyrning i form av fixering vid exempelvis kvantitativ måluppfyllelse.⁵¹⁵

Särskilt intressant är enligt min uppfattning upptagenheten vid att domstolsväsendet skall vara ”modernt”. Detta hänger kanske ihop med ”den starka utvecklingsfas” (en annan återkommande lokution) som domstolsväsendet befunnit sig i under det senaste decenniet. Med modernitet avses en-

⁵¹⁴ Det är kanske en slump, men man kan notera att modernitet och effektivitet nämns före hög kvalitet.

⁵¹⁵ M Alvesson, *Tomhetens triumf. Om grandiositet, illusionsnummer och nollsummespel* (2008), s 144 ff.; M Power, *The Audit Society: Rituals of Verification* (1999).

ligt DV ”flexibilitet i förhållande till omvärldsförändringar, en utvecklande och stimulerande arbetsmiljö och arbetsmetoder som säkrar hög kvalitet, service och effektivitet”.⁵¹⁶ I mångt och mycket handlar det om olika former av tekniskt stöd, till exempel databaser för rättsinformation och målhanteringssystem, men det rör sig även om ökade utbildningsinslag med fler centralt anordnade kurser för såväl fiskaler och notarier som för ordinarie domare. I samma anda har DV tagit fram idéskisser för hur notariatjänstgöringen skall vara utformad, delvis i syfte att göra tjänstgöringen mer enhetlig i domstolsorganisationen.

Men den viktigaste observationen är att föränderlighet (ofta betecknat som ”utveckling”) som ideal verkar ha slagit igenom även i Domstolsverket. I samtliga studerade verksamhetsplaner refereras till förändring och utveckling på ett eller annat sätt:

Omvärlden förändras kontinuerligt och i allt snabbare takt. Detta ställer allt högre krav på domstolarna.⁵¹⁷

Förändring och utveckling kommer inte av sig själv utan kräver engagemang.⁵¹⁸

Domstolsväsendet står inför krävande men också löftesrika år. [...] Domstolverket utgår i sin verksamhetsplanering från de framtida kraven på domstolsväsendet och det utvecklingsarbete som inletts...⁵¹⁹

Domstolsväsendet befinner sig mitt i en intensiv utvecklingsfas och det mesta talar för att utvecklingsarbetet kommer att intensifieras än mer. Redan omfattande organisatoriska förändringar kommer att följas av ytterligare, vilket kommer att leda till en robust organisation som bättre kan möta medborgarnas behov och krav. Arbetet med utvecklingen av domstolsväsendet handlar inte bara om yttre förändringar utan även om andra förändringar... som är nödvändiga eller oundvikliga... Förutsättningarna för offentlig verksamhet förändras ständigt och domstolsväsendet måste med hänsyn till dess stora betydelse i samhället hålla jämna steg med eller kanske till och med ligga före i utvecklingen.⁵²⁰

Det är nu angeläget att de möjligheter till utveckling och *effektivisering* av tingsrätternas inre organisation som har skapats genom sammanläggningar till *större enheter* tas tillvara. Större krav på *ledning och styrning* måste ställas å domstolscheferna. Detta förutsätter att domstolarna har tillgång till en modern och väl utvecklad domstolsadministration... Viktiga framgångsfaktorer är *delegering och lagarbete*. En tydlig beslutsdelegering

⁵¹⁶ Domstolsverkets verksamhetsplan 2002, s 9.

⁵¹⁷ Domstolsverkets verksamhetsplan 1999, s 2.

⁵¹⁸ Domstolsverkets verksamhetsplan 2002, s 4.

⁵¹⁹ Domstolsverkets verksamhetsplan 2003, s 5.

⁵²⁰ Domstolsverkets verksamhetsplan 2004, s 5.

och ett lagarbete i form av t.ex. storrotlar eller rotelgrupper ger möjlighet till ett *effektivt resursutnyttjande* samt, för att möta omvärldsförändringar, nödvändig *flexibilitet*. [...] Den pågående omorganisationen har gett oss och kommer att ge oss en bättre möjlighet att klara framtida verksamhet. Låt oss ta tillvara denna verksamhet.⁵²¹

Fixeringen vid effektivitet är slående. Ur ett professionsteoretiskt perspektiv är det dessutom tydligt att utvecklingen mot större enheter och arbetslag att den enskilde domaren alltmer blir en kugge i ett maskineri och därmed utbytbar. Efterhand som arbetet blir mer framgmentiserat och rutiniserat – den enskilda domaren följer inte ärendet från början till slut – blir domaren mer utbytbar. I sig får detta en klart deprofessionaliserande verkan, eftersom kontrollen över arbetet försvagas.

Domstolsverkets omfattande arbete med stöd och utveckling av domstolarnas verksamhet ställer stora krav på vår kompetens och leveransförmåga. För att klara detta måste vi arbeta aktivt med både kompetensförsörjning och utveckling av vår organisation.⁵²²

Sammantaget ges intrycket att DV (eller Sveriges domstolar, som enligt verket är samlingsnamnet för domstolarnas verksamhet) är en omvärldsmedveten organisation som är stadd i ständig utveckling. Citaten ovan ackompanjeras oftast av ett foto på en generaldirektör som är ömsom visionärt bortåtblickande, ömsom förtroendefullt ser in i kameran. Alvesson menar att det nästan är en nödvändighet för den som vill framstå som en stark chef att ta initiativ till och genomdriva förändringar.⁵²³ Betoningen på starkt ledarskap som kommer till uttryck i flera av DV:s skrifter är också en aktuell trend i managementsammanhang och betraktas som en universallösning på en mängd organisatoriska problem. Det handlar emellertid inte om något gammalt trist byråkratiskt ledarskap, utan om ett idé- eller värderingsbaserat ledarskap.⁵²⁴

De tendenser till ”kundorientering” och managementtänkande som ovanstående exempel endast ger en anekdotisk bild av är inte ett exklusivt svenskt fenomen. Forskningen har uppmärksammat liknande företeelser ibland annat Nederländerna och Storbritannien, och sannolikt kommer en del av inspirationen för de svenska motsvarigheterna därifrån.⁵²⁵

⁵²¹ Domstolsverkets verksamhetsplan 2005-2007, s 5.

⁵²² Domstolsverkets verksamhetsplan 2006-2008, s 5.

⁵²³ M Alvesson 2008 s 121 ff.

⁵²⁴ M Alvesson 2008 s 185 ff.

⁵²⁵ R Almqvist 2006 s 15 ff.

6.4.2 Mätningar av kvantitet och kvalitet

I en annan rapport från Domstolsverket har arbetsbelastning och tidsåtgång vid de allmänna domstolarna utretts. Av den framgår att man vid utarbetandet av rapporten lät all personal, även domare, vid en tingsrätt (Västmanlands tingsrätt) tidsredovisa sin arbetstid. Förebilden verkar ha kommit från Nederländerna, där man har genomfört mycket omfattande och ingående projekt med tidsredovisning. Rapporten föreslog ett genomarbetat system för tidsmätning.⁵²⁶

Det allra senaste är att tidsredovisningen skall ligga till grund för resursfördelningen bland domstolarna. Under våren 2009 införs ett nytt resursfördelningssystem som innebär att samtliga tingsrätter, länsrätter och hyresnämnder skall införa ett tidsredovisningssystem. Överrätterna kan själva välja om de vill ansluta sig till systemet. Syftet är, enligt Domstolsverket, att skapa en mer effektiv resursfördelning och därmed en jämnare arbetsbörda för domstolarna. Ju större andel resurskrävande mål en domstol har, desto mer pengar skall den tilldelas, är det tänkt.⁵²⁷

Det är emellertid svårt att inte samtidigt uppfatta tidsredovisningen som en kontroll av hur domarna använder sin arbetstid. Det förtroende som normalt ligger till grund för "avtalet" mellan en profession (domarna) och staten ser därmed ut att vara på väg att brytas. Från att ha varit rättvisans tempel, med domaren som rättvisans tjänare, framstår domstolen som en juridikfabrik med domaren som ackordsarbetande industriarbetare.

Mätningar av kvalitet förekommer också. Ett exempel är den undersökning som genomfördes vid Hovrätten för Västra Sverige under våren 2006 och som bland annat innefattade en intervjuundersökning med hovrättens "brukare", i detta fall målsägande, vittnen och tilltalade i brottmål. Syftet var att få fram ett underlag för åtgärder för att höja kvaliteten för brukarna beträffande hovrättens service, information och bemötande.⁵²⁸ I rapporten används kvalitetsbegrepp som används i svensk och utländsk akademisk litteratur. Det handlar exempelvis om sådant som att leva upp till de krav som på olika sätt ställs på verksamheten, vilket (med en definition avsedd för privat verksamhet) överfört på statlig verksamhet skulle innebära att kvalitet är att tillgodose behov och infria realistiska förväntningar från brukare, medarbetare och medborgare/uppdragsgivare.

Två intressanta resultat av undersökningen kan presenteras här. Det ena var att många av de intervjuade uppskattade ett aktivt förhållningssätt från rättens sida, det vill säga att domarna ställde frågor, antecknade och dylikt.

⁵²⁶ Domstolsverkets rapport 2002:1, Arbetsbelastningen i de allmänna domstolarna. Förslag till hur arbetsbelastningen skall mätas.

⁵²⁷ Domkretsen nr 4/2008 s 24-25.

⁵²⁸ Vad tycker brukarna? En intervjuundersökning om kvaliteten vid Hovrätten för Västra Sverige. Domstolsverket och Hovrätten för Västra Sverige 2006.

Det andra var att många intervjuade påpekade att det i hovrätten rådde ett lugn som gjorde det möjligt för dem att komma till tals; de flesta upplevde tingsrätten som en mer stressad miljö. En sannolik förklaring till detta är tingsrättens tyngre målbelastning och kanske den inriktning på snabb och effektiv målavverkning som blir följden av det. Om resultatet kan generaliseras innebär det att tidspressen i de allmänna domstolarna inverkar menligt på kvaliteten, i alla fall om man tar hänsyn till brukarnas åsikt.

Utredningen ”Ökat förtroende för domstolarna – strategier och förslag” tar fasta på att förtroende är en kvalitetsfråga. I en artikel framhåller den särskilde utredaren att den brukarupplevda kvaliteten är lika viktig som den professionella kvaliteten. Domaren har en nyckelroll när det gäller den brukarupplevda kvaliteten, anser utredaren.⁵²⁹ Även i regeringens propositioner finns ett krav på att verksamheten skall på olika sätt kvalitetssäkras.⁵³⁰

Det kan verka lovvärt att regeringen och DV satsar på kvalitetsutvecklingsarbete. Emellertid förefaller det ge uttryck för en brist på förtroende gentemot den dömande professionen. Att domarna själva ställer upp på den här typen av verksamhet ger i sin tur ett intryck av dåligt självförtroende. Normalt skulle professionen själv behålla tolkningsföreträdet över vad som utgör god respektive dålig kvalitet i den dömande verksamheten.

6.5 Domarnämnden och tjänsteförslagsnämnden

Som nämnts ovan utnämner regeringen de högsta domarna efter kallelse. Jag vänder nu uppmärksamheten mot utnämningen av övriga domare. Dessa utnämns också av regeringen men efter ett annorlunda förfarande. Frågan om utnämningar är professionsteoretiskt kopplad till tillträdet till professionen, vem som kontrollerar tillträdet och hur det går till.

Tjänsteförslagsnämnden för domstolsväsendet, TFN, inrättades samtidigt som Domstolsverket. Den ersattes den 1 juli 2008 av Domarnämnden.⁵³¹ Skälen för denna organisationsförändring var bland annat att regeringen ville eftersträva en bredare domarrekrutering, varvid den tidigare ordningen med vitsord, som förutsatte att de flesta sökande kom från domstolsväsendet och därmed att det fanns god personkännedom i TFN, framstod som mindre ändamålsenlig.⁵³²

⁵²⁹ S Heuman i SvJT 2009 s 51 och SOU 2008:106.

⁵³⁰ Prop. 1998/99:1 samt justitieutskottets betänkande 1998/99:JuU 1.

⁵³¹ Prop. 2007/08:113 s 27 ff, Justitieutskottets betänkande 2007/08:JuU21, förordning (2008:427) med instruktion för Domarnämnden.

⁵³² Justitieutskottets betänkande 2007/08:JuU21 s 7. Jfr prop. 1993/94:17 s 30 f.

Nämnden består av nio ledamöter, av vilka majoriteten skall vara eller ha varit ordinarie domare. Detta motiverades bland annat med att det krävs god kännedom om domarrollen för att arbeta i nämnden och att det dessutom ligger i linje med Europarådets rekommendation om domares oberoende, skicklighet och roll att representanter för domarkåren har ett reellt inflytande vid rekryteringen.⁵³³

Övriga ledamöter skall representera juristyrken utanför domstolsvärlden och av dessa skall en vara advokat. Detta är en ökning jämfört med tidigare och motiverades med att den kunde stärka förtroendet för nämndens arbete och öka nämndens legitimitet.⁵³⁴ När en domstolschef skall tillsättas ingår även Domstolsverkets generaldirektör eller dennes ersättare som ledamot i nämnden.⁵³⁵

6.5.1 *Kravprofiler*

I en promemoria som antogs av TFN den 16 augusti 2007 formulerades kravprofiler för ordinarie domare.⁵³⁶ Syftet med detta var, enligt promemorian, att tydliggöra vilka krav domaryrket ställer och att öka öppenheten i förfarandet. Kravprofilerna kan ge en uppfattning om vilka egenskaper som premieras av den presumtiva arbetsgivaren och vilka konkreta kriterier som gäller för tillträde till professionen.

Kravprofilen, som arbetades fram av en arbetsgrupp inom Domstolsverket och senare alltså antogs av TFN, fick ganska hård kritik av Advokatsamfundet i dess remissvar. Advokatsamfundet förordade att den kravprofil som ställts upp av Domarutredningen⁵³⁷ skulle användas i stället, särskilt eftersom detta i stort sett hade mottagits positivt av remissinstanserna och att DV:s kravprofil i ”inte obetydlig omfattning” avvek från denna.⁵³⁸ Enligt arbetsgruppens slutrapport har emellertid både Domarutredningen och in-

⁵³³ Prop. 2007/08:113 s 29; Rekommendation R(94)12 av Europarådets ministerråd till medlemsstaterna om domares oberoende, skicklighet och roll. En intressant och talande felskrivning i propositionen är att rekommendationens ämne uppges vara domares oberoende, *effektivitet* och roll. Vad hjärtat är fullt av, talar munnen.

⁵³⁴ A. prop. s 30.

⁵³⁵ Ett stort antal remissinstanser protesterade på principiella grunder mot att DV skulle vara representerat i nämnden och därmed skulle få inflytande över domarutnämningarna. Regeringen anförde att den hade förståelse för sådana principiella invändningar men att verket rimligen borde vara representerat på grund av sin stora erfarenhet av anställningsfrågor och ”kunskap i administrativa frågor som är av särskild betydelse vid anställning av domstolschefer och som kan vara av stort värde för nämndens bedömning i sådana ärenden” (a prop. s 31).

⁵³⁶ TFN:s arbetsformer. Domstolsverket, oktober 2007.

⁵³⁷ SOU 2003:102 ”En öppen domarrekrutering”.

⁵³⁸ Advokatsamfundets remissvar på Domstolsverkets skrivelse av den 11 maj 2005 angående kravprofil för ordinarie domare m.m. Testprojektet, slutrapport, Domstolsverket 2006, diarienumr. 583-2002.

ternationella principer för domares yrkesutövning (bl.a. Bangaloreprinciperna)⁵³⁹ – liksom Olaus Petris domarregler – beaktats vid arbetet.

Vid bedömningen av de sökande gäller delvis olika förfaranden för domare i rådsklassen och för chefsbefattningar.

Utöver de formella kraven (svenskt medborgarskap, juristexamen eller motsvarande samt övriga krav enligt RB 4:1) och bedömningsgrunderna (RF 1:9, förtjänst⁵⁴⁰ och skicklighet,⁵⁴¹ LOA 4 § m.fl) specificerades i kravprofilen vad som skulle förstås med skicklighet enligt följande.

Juridiska kunskaper. Domaren ska ha goda kunskaper om det rättsliga regelsystemet och kunna tillämpa det i enlighet med gängse metoder.

Analytisk förmåga. Domaren ska kunna se sammanhang och ha förmåga att identifiera analysera och lösa komplexa rättsliga problem.

Omdöme och personlig mognad. Domaren ska vara omdömesgill i sitt beslutsfattande, vilket förutsätter personlig mognad och livserfarenhet. Domaren bör vara omvärldsorienterad och visa intresse för samhället i stort.

Självständighet och integritet. Domaren måste ha integritet, dvs. kunna tänka självständigt och kritiskt utan att låta sig påverkas av tillfälliga strömningar i samhället och tryck från massmedia eller andra. Domaren måste också ha förmåga att fatta beslut.

Förmåga att uttrycka sig i tal och skrift. Domaren måste kunna uttrycka sig klart och begripligt både skriftligen och muntligen. Domaren ska kunna tala och skriva ett språk som underlättar enskildas kontakter med domstolen och som gör det möjligt för enskilda att försäta varför utgången blev som den blev.

Uppträdande. Domaren ska uppträda omdömesgillt både i yrkesutövningen och i privatlivet och hans eller hennes uppträdande och omdömesförmåga bör inte kunna ifrågasättas. Domaren ska kunna behandla parter och andra som kommer inför domstolen på ett korrekt och seriöst sätt uppträda balanserat och inge förtroende.

Arbets- och stresshanteringsförmåga. Domaren ska med bibehållande av hög kvalitet ha förmåga att slutföra ärenden inom rimlig tid. I detta ligger att domaren ska kunna prioritera målen på ett lämpligt sätt och ha god känsla för vilken arbetsinsats som olika frågor kräver.

⁵³⁹ Se kap. 5 ovan.

⁵⁴⁰ Enligt prop. 1973:90 s 405 avses med detta den vana som förvärvats genom föregående tjänstgöring.

⁵⁴¹ Sedan den 1 juli 1990 skall tillsättning av samtliga domaranställningar ske främst med utgångspunkt i den sökandes skicklighet. Vid lika skicklighet skall i princip förtjänsten vara utslagsgivande. Prop. 1989/90:79.

Övriga förmågor som ska beaktas vid skicklighetsbedömningen.

Domaren ska kunna samarbeta med all personal och nämndemän. Domaren ska vidare ha intresse för och förmåga att handleda notarier, domstolssekreterare och andra som är i behov av vägledning. Domaren ska också ha förmåga, vilja och intresse för att resultatet av domstolens verksamhet i dess helhet blir gott. Slutligen bör domaren även vara intresserad av och ha förmåga att hantera domstolens verksamhetsstöd.

Sedan 1997 anlitas konsulter vid rekryteringen av chefsdomare (domstolschefer, chefsrådmän m.fl.). Konsulternas bidrag är enligt promemorian att göra en personbedömning som ska ge en kompletterande och djupare bild av sökandenas svaga och starka sidor när det gäller ledarskap. De sökande saknar nämligen ofta chefserfarenhet och det muntliga och skriftliga referensmaterialet ger därför enligt TFN inte tillräcklig information om huruvida de sökande har egenskaper som kan bedömas som värdefulla för en chef. Som sådana egenskaper anses bland annat social kompetens, kommunikativ förmåga, målmedvetenhet och drivkraft. Visserligen kan TFN bilda sig en egen uppfattning om detta genom intervjuer med de sökande men denna uppfattning behöver enligt promemorian kompletteras av någon som har expertkunskaper på området. Angående professionssynpunkter på detta förfarande skriver TFN:

Syftet är bara att få en kompletterande bild av sökandena. Det förhållandet att TFN i sin rekryteringsprocess tar in synpunkter från personer som har en annan profession än ledamöterna torde också – om synpunkterna hanteras rätt – öka tilltron till nämndens beslut.

Alla sökande som bedöms vara aktuella för en utlyst tjänst skall genomföra de begävnings- och personlighetstester som konsulterna ställt upp. Konsulterna rangordnar emellertid inte de sökande och deras yttrande skall baseras på TFN:s chefsprofil. En nackdel med konsultmedverkan som TFN diskuterar är risken att lämpliga sökanden avstår från att söka chefsdomartjänster eftersom de inte vill underkasta sig något testförfarande. Fördelarna överväger enligt TFN dock nackdelarna. Om inte annat kan de sökande se testet som en rådgivning för personlig utveckling, anser nämnden.

I promemorian framhålls upprepade gånger att de formella meriterna och referenserna är det viktigaste underlaget för TFN:s bedömning och att tester inte är något självändamål. Ett test har också mindre tyngd beträffande de sökande som redan har chefserfarenhet. Icke desto mindre framstår detta relativt nya inslag i rekryteringen av chefsdomare som en kil i den kompakta mur av förtjänst och skicklighet som det tidigare varit nödvändigt att ta sig över för att nå en domartjänst. Något konstitutionellt hinder mot konsultförfarandet i denna form torde knappast föreligga – regeringsformen

föreskriver ju tillsättning på sakliga grunder, *såsom* förtjänst och skicklighet – men i detta krav ligger förmodligen också skyddet mot en utökad användning av de aktuella testerna. Man kan givetvis också fråga sig vad innebörden är av TFN:s ovan citerade ståndpunkt beträffande anlitaandet av andra än jurister för rekrytering. Å ena sidan kan tilltron till nämndens beslut öka (hos både utnämningsmyndigheten, regeringen, och de sökande får man förmoda) genom att rekryteringsprocessen ger ett intryck av att vara ”professionellt”⁵⁴² skött och kan vara ett värn mot att personliga relationer tillåts spela för stor roll vid rekrytering. Å andra sidan kan domarkårens autonomi minska om dessa inte sköter förslagen själva utan bit för bit släpper ifrån sig kontrollen över inträdet i professionen. För närvarande finns det dock inte mycket som talar för att TFN/Domarnämnden med dess majoritet av domare och andra jurister skulle vara på väg att frångå sig förslagsrätten såsom ett professionellt privilegium.

Konsultmedverkan förekommer normalt inte vid anställning av domare i rådsklassen. Där är det istället uteslutande traditionellt referensmaterial som används. Enligt promemorian kan det dock inte uteslutas att man i framtiden kan komma att använda sig av s.k. färdighetstester vid rekrytering av nya domare som saknar domarerfarenhet (något som med ambitionerna att bredda rekryteringen kan bli aktuellt relativt snart).

Anlitaandet av konsulter innebär att man litat mer på bedömare utanför professionen i vissa avseenden. Det gäller visserligen endast chefsdomare och egenskaper som inte traditionellt ligger i domarprofessionen – ledarskap, effektivitet med mera – men det innebär likafullt att professionen släpper ifrån sig en del av kontrollen över vad det innebär att vara professionell domare. Av någon anledning anses detta nödvändigt för att öka tilltron till nämndens tillsättningsbeslut. Vad som är mindre klart är vems tilltro som skall ökas. Det faktum att man strävar efter att bredda de faktorer som skall påverka urvalet av de som inträder i professionen, kan tydas som en misstro mot professionens förmåga att göra detta på ett allmännyttigt sätt.

6.6 Lekmannainflytande i överrätter

Medverkan av lekmän (nämndemän) i svenska domstolar har medeltida ursprung. Utformningen har varit olika i lant- och stadsdomstolarna, men inte förrän på 1970-talet fick lekmännen större formellt inflytande än de skolade juristerna. Det skedde då nämndemännens kollektiva rösträtt i tingsrätterna ändrades till individuell, så att nämndemännen tillsammans kunde rösta ner

⁵⁴² Med ”professionellt” avses här ordet i dess mer vardagliga betydelse, ungefär ”kompetent”.

juristdomaren i de mål där de medverkade.⁵⁴³ Några år senare infördes även medverkan av nämndemän i hovrätter och kammarrätter. Nyordningen motiverades med att den skulle vara ägnad att ytterligare stärka allmänhetens förtroende för domstolarna, bland annat genom att de skulle bidra med sina erfarenheter av och kännedom om det praktiska livet och att därigenom allmänt rådande värderingar bland medborgarna skulle komma till uttryck. Särskilt värdefull skulle sådan medverkan vara i bevisfrågor, påföljdsfrågor och skälighetsfrågor. Det är emellertid intressant att ett av utredningens främsta argument är principiellt, nämligen att lekmanamedverkan skulle stärka förtroendet för rättskipningen *oavsett om sådan medverkan i och för sig kunde sägas leda till en säkrare och bättre rättskipning eller inte*.⁵⁴⁴

Förslaget utsattes för hård kritik av bland annat Sveriges advokatsamfund, som ansåg att argumenten mot ökad lekmanamedverkan vägde tyngre än argumenten för. Bland annat saknades enligt samfundet tradition att bygga på och de praktiska olägenheterna kunde bli betydande. Några principiella invändningar framfördes emellertid inte.⁵⁴⁵ Inte heller Jurist- och samhällsvetarförbundet (nuvarande Jusek) hade några principiella invändningar; organisationen ansåg rentav att frågan om nämndemannamedverkan inte var en fråga av direkt facklig art, utom i de delar det kunde påverka antalet jurister som satt i överrätten.⁵⁴⁶ Från fackligt håll verkade man alltså inte anse att kraven på lekmanamedverkan inom medlemmarnas expertfält var ett problem som kunde underminera de professionella anspråken!

Samma utredning som föreslog lekmanamedverkan i överrätt föreslog även ändrade domförhållsregler i hovrätterna och förändringar i domarnas utbildning och karriär, syftande till att yngre domarutbildade personer i större utsträckning än tidigare under en tid skulle arbeta inom andra sektorer än domstolsväsendet. I likhet med förslaget om nämndemän i hovrätterna avsågs med detta att det förment isolerade domstolsväsendet skulle tillföras erfarenheter från andra delar av samhällslivet. Det verkar ha funnits en allmän uppfattning som gick ut på att domarkåren riskerade att isoleras från samhällsverksamheten i övrigt och ”de värderingar och uppfattningar som råder inom skilda delar av samhället”.⁵⁴⁷ Erfarenheter från annan samhällsverksamhet skulle främja en rättstillämpning i samklang med ”utvecklingens krav” snarare än traditionella rättskällor, som enligt utredningen ”ofta blir relativt snabbt föråldrade”. Domarna skulle därför i ökad utsträckning ställas inför ”komplicerade och ömtåliga rättspolitiska bedömningar”. Vilka värderingar och uppfattningar som avsågs utvecklades inte närmare i utred-

⁵⁴³ Se nedan.

⁵⁴⁴ SOU 1974:96 s 186 f.

⁵⁴⁵ TSA 1975 s 284.

⁵⁴⁶ TSA 1975 s 418.

⁵⁴⁷ SOU 1974:96 s .

ningsdirektiven.⁵⁴⁸ Vad ”isolering” från samhällsverksamheten skulle innebära preciserades inte heller. I detta avseende argumenterade regering och utredningsväsen lika vagt som i ett annat sammanhang när det gällde regleringen av domstolsväsendet i regleringsformen.⁵⁴⁹

Som läsare är det i efterhand stundom svårt att förstå exakt vad som avsågs under förarbetena, även om man kan gissa sig till det. Även vid tidpunkten för utredningen riktades stark, stundom sarkastisk, kritik mot dess argumentation. I en artikel framfördes exempelvis uppfattningen att ”för domaryrket liksom för andra yrken måste gälla samma regler, nämligen att yrkeskunskap inhämtas bäst på den arbetsplats där yrket bedrivs och inte på annat håll. Sedan må gärna dörren hållas öppen. Friska vindar är alltid bra. Det får bara inte bli sådant korsdrag att ingen vill stanna kvar på jobbet”.⁵⁵⁰ I ett remissvar anmärkte hovrätten över Skåne och Blekinge syrligt att det är en egendomlig tanke att en dom, som är beslutad under medverkan av lekmän, skall överprövas av andra lekmän; de senare skulle då förutsättas ha en högre kapacitet och vara mer betrodda än lekmännen i under rätt. Det vore en illusion att tro att ett par nämndemän skulle skapa medinflytande eller insyn för allmänheten.⁵⁵¹

Hovrätten för Övre Norrland menade för sin del att skälen för lekman-namedverkan hade förlorat i aktualitet i både under- och överrätter på grund av de stora geografiska områden som domstolarna täckte in – nämndemännen hade inte längre någon lokal förankring.⁵⁵² Det senare argumentet torde ha än större aktualitet i dagens läge, då domstolar i stor utsträckning har slagits ihop till större enheter.

De flesta remissinstanserna ställde sig emellertid positiva till förslagen om införande av lekmän i hovrätt och kammarrätt, inte för att lekmännen skulle förstärka den dömande funktionen, utan för att de skulle vara av värde för allmänhetens insyn i och kontroll av överrätternas verksamhet. Flera understryker värdet av att allmänhetens förtroende för rättskipningen stärks.⁵⁵³ Justitieministern tog fasta på det senare och menade att lekman-nainslaget i överrätt var ”ägnat att befästa den positiva syn på rättskipningen som torde omfattas av det stora flertalet medborgare”. Det låg enligt justitieministern en motsättning i att en lekmanbeslutad dom kunde ändras av ett kollegium av enbart yrkesdomare; dessutom gick utvecklingen i samhället i övrigt otvetydigt mot att lekmän gavs plats och inflytande i olika samhälleliga organ.⁵⁵⁴

⁵⁴⁸ SOU 1974:96 s 35 ff.

⁵⁴⁹ Se kap. 5 ovan.

⁵⁵⁰ Advokat Bo Björck i TSA 1975 s 170.

⁵⁵¹ Prop. 1975/76:153 s 35.

⁵⁵² A. prop. s 35 f.

⁵⁵³ Prop. 1975/76:153 s 34.

⁵⁵⁴ A. prop. s 44.

Detta med förtroendet för rättskipningen är ett ämne som verkar bekymra – helt nyligen kom en ny utredning om förtroendet för domstolarna, som intressant nog visar att allmänhetens förtroende för nämndemäns förmåga att döma korrekt var avsevärt lägre än förtroendet för domarnas kompetens att döma korrekt.⁵⁵⁵ Mot bakgrund av detta förefaller det osannolikt att nämndemannamedverkan skulle öka förtroendet för den dömande verksamheten.⁵⁵⁶ Argumenten för att bibehålla nämndemannasystemet framstår som allt svagare, i varje fall när det gäller sådan medverkan i överrätt.

6.7 Internalisering av rättskulturen

Som vi sett ovan i kapitel 2 är rättskulturen en central del av det vi kallar rättsordningen. Där framhölls också utbildningens avgörande betydelse för tillägnelsen av professionella juristideal. I detta avsnitt uppmärksammas utbildningen mer i detalj.

6.7.1 Juristutbildningen

Den yrkesverksamma juristens uppfattning om rättsordningen och rättens innehåll präglas i hög grad av vad han eller hon har fått lära sig på universitetets juristutbildning.⁵⁵⁷ Till ganska nyligen var dessa utbildningar nästintill identiska, med ett litet utrymme för valbara kurser enligt studenternas eget val. Under senare år har de olika utbildningarna profilerat sig mer, dels pedagogiskt, dels innehållsmässigt. Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet har exempelvis sedan början av 1990-talet utformat sin juristutbildning enligt en modell för problembaserat lärande (PBL), något som i sig reflekterar en särskild syn på juristens yrkesuppgift, nämligen som hantverkare och problemlösare. I studiehandboken för juristutbildningen i Uppsala kan man läsa följande om juristprogrammets uppgifter:

⁵⁵⁵ SOU 2008:106 s 62 ff.

⁵⁵⁶ Här kan dessutom anmärkas att rekryteringsbasen för nämndemän, nämligen de politiska partierna, krymper. Mellan 1991 och 2004 minskade antalet partimedlemmar från 625 000 till 330 000. O Petersson, *De politiska partiernas medlemsutveckling* (2005). Se även S Ahlbäck Öberg m.fl., *Exit riksdagen* (2007) s 213: ”Det är helt klart ett svårlöst dilemma att partierna vittrar sönder samtidigt som de fortsätter att inneha en stark särställning vad gäller kontroll av åtråvärda maktpositioner.” Detta påstående torde kunna överföras på nämndemännen.

⁵⁵⁷ Här diskuteras endast de utbildningar som leder till en jur. kand.- eller juristexamen, eftersom endast dessa ger behörighet till domarykena.

En demokrati och rättsstat kännetecknas av rättssäkerhet, öppen och kontrollerad maktutövning, fri åsiktsbildning och respekt för medborgarnas övriga fri- och rättigheter. I en sådan stat måste finnas jurister med ett självständigt och kritiskt förhållningssätt gentemot regelsystemet och ett historiskt, internationellt och rättsteoretiskt perspektiv. Juristprogrammets främsta uppgift är att tillgodose detta allmänna samhällsbehov av en kvalificerad juristprofession.

Vid juristutbildningen vid Lunds universitet anges bland annat följande mål:

Värderingsförmåga och förhållningssätt

För juristexamen skall studenten

- visa förmåga att inom området göra bedömningar med hänsyn även till relevanta vetenskapliga och samhälleliga frågor, såsom de mänskliga rättigheterna och etiska aspekter,
- visa förmåga till ett självständigt och kritiskt förhållningssätt gentemot rättssystemet
- visa förmåga till ett professionellt förhållningssätt [...]⁵⁵⁸

Man kan notera här att ”självständigt och kritiskt förhållningssätt” är den första egenskap som juristutbildningen skall premiera. Vid Stockholms universitet anges istället följande:

- förmåga att betrakta rättssystemet ur andra synvinklar än den strikt juridiska, med vilket avses bland annat insikt om de mekanismer som styr olika former av rättsbildning liksom rättsordningens och rättstillämpningens förhållande till samhälleliga faktorer som kön, klass och etnicitet.⁵⁵⁹

Av de tre utbildningarna förefaller den i Lund mest explicit betona betydelsen av värderingar och etik, medan den i Stockholm genom sina formuleringar ger det mest instrumentellt inriktade intrycket (”mekanismer som styr”, ”förhållande till samhälleliga faktorer”).

Beträffande utbildningens mål anges vidare följande i studiehandboken för jurisprogrammet i Uppsala:

Juristprogrammet har vidare till ändamål att ge den studerande en god överblick över rättssystemet och de teoretiska kunskaper som fordras för kvalificerat arbete med frågor som rör rättsordningen och tillämpningen av juridiska regler. Den studerande skall också genom hela utbildningen

⁵⁵⁸ Målbeskrivning för juristprogrammet, Juridiska fakulteten, Lunds universitet, <http://web2.jur.lu.se/internet/StudentService.nsf/> (hämtad 2009-04-22)

⁵⁵⁹ Studiehandbok för juristprogrammet, Juridiska institutionen, Stockholms universitet, 2009, s 6.

fortlöpande tränas i sådana färdigheter som är väsentliga och uppnå sådana kompetenser som krävs för juridisk yrkesutövning.

I enlighet härmed skall juristutbildningen utformas så att den studerande – utöver målen i högskolelagen och examensordningen – självständigt kan söka juridiskt källmaterial.

Utbildningens undervisningsformer är problemorienterade. Det innebär att den röda tråden i studierna är en rad problemställningar. Vidare skall studieprocesserna baseras på de studerandes egna aktiviteter och utbildningen förutsätter att studenterna samverkar i mindre grupper. Utbildningen skall kräva initiativ och ansvar av varje studerande.⁵⁶⁰

I övrigt skall utbildningen alltså ge de studerande *god överblick över rättssystemet och teoretiska kunskaper*, vidare ge träning i *färdigheter och kompetenser*, förmåga att självständigt *söka juridiskt källmaterial* och slutligen ge träning i *samverkan, initiativförmåga* och *ansvarstagande*. Målbeskrivningarna för juristutbildningarna i Lund och Stockholm innehåller liknande skrivningar om juristernas juridisk-tekniska förmåga.⁵⁶¹

Beskrivningen ovan säger en del om juristprogrammets uppgifter, men mindre om dess konkreta innehåll. I princip kan flera olika typer av rättsstatligt orienterade rättssystem passa in. Intressant i sammanhanget är att en av de främsta målsättningarna med utbildningen anges vara att fostra jurister med *ett kritiskt och självständigt förhållningssätt gentemot regelsystemet*. Detta stämmer väl överens med professionella jurist- och domarideal.⁵⁶²

I målbeskrivningen för terminskurs 1 på juristprogrammet i Uppsala, som bland annat innefattar en introduktion till rättsordningens funktions-sätt, grundlagar och rättsstatsfrågor, ges mer konkret information om utbildningsinnehållet – och då förefaller tekniska färdigheter vara det viktigaste. Följande anges om kursens syfte och mål:

Efter genomgången kurs skall studenterna angående området allmän rättslära och rättsteknik ha förmåga

- att identifiera juridiska problem i en ostrukturerad, komplex kontext,
- att identifiera tänkbara lösningar på juridiska problem,
- att dela upp juridiska problem i delfrågor som ett led i problemlösningsprocessen,
- att självständigt söka juridiskt källmaterial,
- att analysera juridiskt källmaterial genom tolkning av rättskällornas lag, domstolsavgöranden, lagförarbeten och juridisk litteratur,

⁵⁶⁰ Studiehandbok för juristprogrammet, Juridiska institutionen, Uppsala universitet 2008-09.

⁵⁶¹ Studiehandbok för juristprogrammet, Juridiska institutionen, Stockholms universitet, 2009, s 6; Målbeskrivning för juristprogrammet, Juridiska fakulteten, Lunds universitet, <http://web2.jur.lu.se/internet/StudentService.nsf/> (hämtad 2009-04-22)

⁵⁶² Se vidare kap. 7 och 8 nedan.

- att med hjälp av rättskällorna och ändamålsöverbäganden finna och formulera relevanta argument för och emot olika lösningar på juridiska problem,
- att se samspelet mellan rätt och samhällsliga mål såsom ekonomisk effektivitet, jämställdhet och hållbar utveckling,
- att självständigt ta ställning i juridiska frågor genom att bedöma styrkan hos olika argument och väga dem mot varandra, samt
- att i muntlig såväl som skriftlig form presentera juridiskt material, med särskild tonvikt på presentation av och argumentation för lösningar på juridiska problem.

Efter genomgången kurs skall studenterna vidare avseende områdena statsrätt och grundläggande folkrätt och konstitutionell EG-rätt ha förmåga

- att tillämpa det statsrättsliga regelsystemet på ett kvalificerat sätt, varvid särskild betoning ligger på förståelse av och kunskap om reglerna om normgivningsmakt, rättighetsskydd och konstitutionell kontroll,
- att förstå och kunna tillämpa de grundläggande reglerna om EG/EU:s konstitutionella ordning, i vilket ingår de grundläggande institutionerna, deras funktioner och de centrala rättsliga regler som bestämmer EG-rättens verkan i den nationella rätten,
- att kunna tillämpa rättsreglerna i Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna på konkreta fall, för vilket förutsätts kännedom om Europakonventionens materiella innehåll, dess status som folkrättsligt fördrag och dess ställning i svensk rätt,
- att läsa och förstå prejudikat och andra vägledande avgöranden på rättsområdena statsrätt, EG-rätt och Europakonventionsrätt samt kunna identifiera de i rättsfallen relevanta rättsfrågorna,
- att analysera olika konstitutionella regelsystem i ett principiellt och ideologiskt perspektiv, i vilket ingår att kunna relatera regelsystemen till teoretiska konstruktioner såsom maktindelning, demokrati och rättsstat,
- att relatera den svenska konstitutionella diskussionen om problem kring normgivning, rättighetsskydd och kontrollmakt till den internationella diskussionen om motsvarande frågor, i vilket ingår att ha kännedom om andra länders lösningar på samma områden och att kunna göra relevanta jämförelser mellan den svenska rättsordningens grunder och andra länders motsvarighet.⁵⁶³

Målbeskrivningen lägger som synes stor vikt vid juridisk problemlösning och tillämpning, vilket kan förutsättas hänga ihop med utbildningens problemorienterade profil. I beskrivningen anges även vilka rättskällor som i första hand skall användas vid problemlösningen. Ett kortare avsnitt ägnas förmågan att analysera regelsystemen konstitutionellt och ideologiskt.

⁵⁶³ Kursplan för Terminskurs 1: Grundläggande juridisk metod, statsrätt och konstitutionell EG-rätt, 27 högskolepoäng. Fastställd av juridiska fakultetsnämndens utbildningsutskott 2007-08-22, ikraftträd 2007-09-01.

I en rapport från Högskoleverket, i vilken de juridiska universitetsutbildningarna i Sverige utvärderats, anges följande om vilka krav som gäller för en god domare:

Domaren bör ha ganska goda kunskaper i centrala rättsområden. Dit hör numera delar av europarätten, vilket kräver vissa språkkunskaper och en internationell utblick. Domaren måste ha synnerligen goda kunskaper i juridisk metod. Vidare måste domaren vara en mycket god skribent och också vara skicklig i muntlig framställning. Allt detta hör till det grundläggande hantverket. Domaren måste också vara mycket väl orienterad i samhället. Han eller hon ska veta hur samhället fungerar politiskt och under vilka olika förhållanden människor lever. Domaren måste vara nyfiken och ständigt vilja ta till sig nya kunskaper i samhällsfrågor i vid mening. Vidare måste domaren känna ansvar för att värna den enskildes rättssäkerhet samt ha förståelse för domstolarnas roll som värnare av rättsstaten. En självklarhet är att domaren ska dela de grundläggande värden som den demokratisk rättsstaten står för.⁵⁶⁴

Viktigt att notera här är de ideala domaregenskaper som rapporten lyfter fram: *ganska* goda kunskaper i centrala rättsområden, *vissa* språkkunskaper, *synnerligen* goda kunskaper i juridisk metod, *mycket god* skribent, *skicklig* i muntlig framställning, *mycket väl* orienterad i samhället – allt detta är ”kunskaper” i klassisk mening. Därefter räknas några mer värdebetonade ideal fram: domaren måste *känna ansvar för att värna den enskildes rättssäkerhet*, ha *förståelse* för domstolarnas roll och dela den demokratiska rättsstatens *grundläggande värden*.

Beträffande juristutbildningarnas förmåga att tillgodose de angivna ändamålen, yttrade Högskoleverket:

Vid våra olika besök på lärosätena har det inte... framkommit att universiteten bidrar till att studenterna på juris kandidatprogrammen lär sig särskilt mycket om samhällsfrågor i stort. Man får snarast uppfattningen att pressen på studenterna är så stor att de ofta inte får en rimlig chans att göra så mycket annat än att studera juridik i ordets snävaste mening. I vad mån frågor som gäller domstolarnas roll och den enskildes rättssäkerhet diskuteras i juristutbildningen har inte kommit fram under utvärderingen. Detta borde dock ingå i den grundläggande juristutbildningen. Det är oklart om universiteten medvetet verkar för att medvetandegöra studenterna i värderingsfrågor och för att få dem att förstå att domaryrket kräver en med den demokratiska rättsstaten överensstämmande värdegrund.⁵⁶⁵

⁵⁶⁴ Högskoleverkets rapport 2007:18 R, s 28. Rapporten skrevs av en utvärderingsgrupp bestående främst av praktiskt och akademiskt verksamma jurister.

⁵⁶⁵ A. st.

Det finns ingen undersökning som på ett tillförlitligt sätt kan ange vilka värderingar som förmedlas på juristutbildningarna eller hur detta går till mer konkret. Det är emellertid inte orimligt att anta att studenterna, som sällan har några förkunskaper om eller erfarenheter av juridik och juridiskt tänkande, anammar de föreställningar om rättsordningen och juridikens uppgifter som förmedlas av lärare samt av den litteratur som anvisas dem i form av främst offentligt tryck, rättsfall och juridisk doktrin. Den bild av rätten som förmedlas i dessa källor är naturligtvis inte enhetlig. Domstolar, lagstiftare och forskare är vanligen oense om hur rättsregler ska tolkas och tillämpas och en av de viktigaste uppgifterna för juriststudenterna är att lära sig skilja mellan de olika källorna, att tolka dem kritiskt och att självständigt bedöma vilka argument som väger tyngst för den ena eller andra lösningen på ett givet juridiskt problem. Denna uppgift är i sig så svår och omfattande att studenterna sällan hinner med mer än att introduceras till metoderna under universitetsåren. Eftersom det juridiska stoffet är så omfattande tar inläringen så mycket tid att det ofta blir för svårt att betrakta rättsordningen ur det kritiska "helikopterperspektiv" som kanske skulle vara önskvärt enligt vad Högskoleverket anfört ovan. Vid nedskärningar i undervisningstiden prioriteras ofta sådana undervisningsmoment som kan hänföras till "juridikens kärna", det vill säga inläring av regelstoff och problemlösning, medan historiska, teoretiska och andra perspektiverande inslag får stryka på foten.⁵⁶⁶

Juristutbildningen är alltså enligt HSV i huvudsak fokuserad på de tekniska aspekterna av juridiken, men rapporten betonar vikten av värderingsfrågor och perspektiverande inslag. De etiska och värderande inslagen som alla jurister konfronteras med ibland hamnar därmed i skymundan. Sannolikt får avvägningar om lämplighet och annat avgöras med stöd av juristens egen människokännedom och etiska kompass. I viss utsträckning får domare sådan träning inom ramen för domarutbildningen. Sådan träning är inte bara eller ens främst formell, utan kännedom om vad som anses lämpligt inhämtas till stor del under hand.⁵⁶⁷ Att ta etikfrågorna på riktigt allvar skulle troligen komplicera tillvaron avsevärt för både de juridiska fakulteterna, för domstolarna och för enskilda jurister.⁵⁶⁸ Det skulle tydliggöra juristernas, enkannerligen domarnas, etiska ansvar och öppna helt nya perspektiv på den tekniskt dominerade juridiska undervisningen. Men domaren *måste*

⁵⁶⁶ En ganska allmän erfarenhet bland lärarna vid den juridiska fakulteten i Uppsala torde vara att studenterna själva prioriterar det som de betraktar som "tentamensrelevant" och i större utsträckning underlåter att delta i undervisningsmoment (vare det seminarier, föreläsningar eller annat) vilkas syfte är att belysa rättsordningen så att säga "från sidan". Kursen "Rättshistoria och allmän rättslära" betraktas av en många studenter (men inte alla) som ett irrelevant och meningslöst inslag i utbildningen. Dessa tendenser kan sannolikt beläggas vid ett studium av närvarolistor och kursutvärderingar. En slutsats man kanske kan dra av detta är att det inte enbart är "utbildningens" fel om juridikstudenterna saknar kritiska perspektiv och förståelse.

⁵⁶⁷ Intervjuuttalande av IP 7 m.fl., se kap. 7 nedan.

⁵⁶⁸ P O Träskman, *Hur skapas en "jurist" – om juristrollen och juristutbildningen* (2003) s 56.

möta de moraliska frågorna ansikte mot ansikte i praktiska situationer. En starkare betoning på juristernas (i allmänhet) och domarnas (i synnerhet) moraliska ansvar är nödvändig både i den allmänna diskursen och i den juridiska utbildningen.⁵⁶⁹

Ett yttrande av en tidigare generaldirektör för Domstolsverket förefaller bekräfta bilden av domarna som framförallt juridiska tekniker:

Svenska domare är bevisvärderare och rättstillämpare. De söker svaren, för någonstans måste de finnas. All utbildning och träning bygger på detta. Det är inget fel i det. I själva verket ligger det i domarrollen. [...] Det finns mycket som talar för att domstolarna – och då menar jag inte bara de högsta instanserna – i framtiden kommer att ställas inför frågor som är mer av rättsbildande karaktär. Enligt min mening är den svenska domstolskulturen och sättet att utbilda och rekrytera domare illa anpassat till en sådan situation.⁵⁷⁰

För att klara denna nya uppgift är det enligt min mening otillräckligt med den tekniskt fokuserade juristutbildning vi har idag. När domaren ställs inför rättsbildande uppgifter kan han eller hon inte gömma sig bakom förarbetsuttalanden eller andra komponenter i den traditionella rättsordningen. Etiken kräver att rättsordningen ger möjlighet att väga olika angelägna intressen mot varandra.⁵⁷¹ Frågan är om juristutbildningen förmår täcka in denna nya komplexa roll, eller om det kommer att krävas ett större mått av mer allmänna bildningsinslag i utbildningen. Formell utbildning i etiska system kommer inte att förslå, eftersom även dessas legitimerande kraft är begränsad.⁵⁷²

6.7.2 Domarkarriär och domarutbildning

Enligt rättegångsbalken (RB) 4:1 skall lagfaren domare vara svensk medborgare och ”hava avlagt för behörighet till domarämbete föreskrivna kunskapsprov”. Med sådant prov avses juris kandidatexamen eller juristexamen; det är innebörden av begreppen ”lagfaren” och ”lagkunnig” som ibland används i lagar och andra författningstexter.

Efter examen fullgör omkring en tredjedel av juristerna notariatjänstgöring vid tings- eller länsrätt, ibland i kombination med en kortare tjänstgöringstid på någon myndighet. Tjänstgöringen varar i 2-2,5 år. När den är avslarad lämnar de flesta notarier domstolsvärlden för annan verksamhet. Den

⁵⁶⁹ Se T Wilhelmsson s 120 ff. Se även kap. 1 ovan.

⁵⁷⁰ S Strömberg i SvJT 2004 s 312.

⁵⁷¹ M Leijonhufvud, *Lagens änglar? Juristetik på 2000-talet*, (2008) s 229.

⁵⁷² T Wilhelmsson a. st.

som är intresserad av en domarkarriär söker vanligen anställning som fiskal vid en hov- eller kammarrätt. Antagningen till överrätten grundas i huvudsak på vitsorden från notarietjänstgöringen, men numera brukar tilltänkta kandidater få komma på en kort intervju som mest fungerar som kontrollstation.

Fiskalstjänstgöringen inleds med ett halvårs provanställning och övergår efter prövning till en tillsvidareanställning. Fiskalen arbetar växelvis på underrätt (tings- eller länsrätt) och överrätt (hov- eller kammarrätt): först ett år på överrätten, sedan två år i en underrätt som lyder under överrätten, och slutligen ett år till på överrätt (s.k. adjunktionstjänstgöring). På underrätten arbetar fiskalen till stor del på eget ansvar, men under handledning, och får pröva på olika måltyper och döma med i domstolen i olika sammansättningar. Syftet är att fiskalen dels skall lära känna de formella regler som gäller för målens handläggning, dels bli mer bekant med de olika faktiska situationer som en domare ofta möter. I överrätten är fiskalen främst ansvarig för att förbereda mål och ärenden som domstolen har att avgöra. Under adjunktionstjänstgöringen deltar fiskalen som domare i överrättens avgöranden.

Under de fyra år som fiskalstjänstgöringen pågår deltar fiskalen i ett utbildningsprogram för unga domare. För närvarande består utbildningen av sju delkurser, som infaller med ca sex månaders mellanrum. Sammanlagt omfattar utbildningsprogrammet ca 35 arbetsdagar och kurserna omfattar både materiell rätt och andra kunskaper som kan vara av värde för domare såsom domarrollen och domareetik, föredragningsteknik, massmediefrågor, arbetsledning och annat. Om innehållet i utbildningsprogrammet och tjänstgöringen vid domstol skriver Domstolsverket:

Din tid på domstolarna har lärt dig mycket, bland annat:

- Du har fått en gedigen utbildning och känner till olika rättsområden som domstolarna sysslar med.
- Du är van att som ordförande leda förhandlingar och se till att mål och ärenden blir tillfredsställande utredda.
- Du vet hur man sammanställer allt som behövs för ett avgörande i en dom eller ett beslut.
- Du kan objektivt bedöma vad som kommit fram och därmed fatta ett riktigt avgörande.⁵⁷³

Man kan notera att Domstolsverkets lista tar upp formellt-tekniska färdigheter: *kunskap*, att *leda förhandlingar*, *sammanställning*, att kunna göra en *objektiv bedömning* och att fatta ett *riktigt avgörande*. Egenskaper som personlig mog-

⁵⁷³ Domstolsverkets hemsida, www.dom.se, åtkomst 2009-04-24.

nad och gott omdöme nämns inte alls, vilket kontrasterar mot idealen i dokumenten från TFN,⁵⁷⁴ Höskoleverket⁵⁷⁵ och även i intervjuerna med domare.⁵⁷⁶

Efter godkänd adjunktionstjänstgöring utnämns fiskalen till hovrätts- eller kammarrättsassessor beroende på vilket domstolsslag utbildningen ägt rum vid. Assessorn kan arbeta kvar på domstol en tid, men för att komma ifråga för en ordinarie domartjänst krävs normalt ytterligare meritering i form av tjänstgöring vid myndighet eller departement, som föredragande vid någon av de högsta domstolarna eller, i enstaka fall, verksamhet i den privata sektorn. Efter omkring 5-10 år i sådan verksamhet kan assessorn bli utnämnd till ordinarie domare, det vill säga rådman i tings- eller länsrätt, hovrätts- eller kammarrättsråd. Förordnandet som assessor innebär ingen garanti för senare anställning som ordinarie domare.

Det finns också olika befordringstjänster, exempelvis vice ordförande på avdelning, chefsrådman, hovrätts- eller kammarrättspresident och lagman. Bara en del av dessa högre domartjänster är sökbara, många (t.ex. alla presidenter, överrättslagmän och lagmännen på de största underrätterna) tillsätts av regeringen efter kallelse, ett förfarande som inte är öppet för insyn.⁵⁷⁷ Aktuella kandidater har i allmänhet en lång karriär inom domstolsväsende eller lagstiftningsarbete bakom sig. Enstaka domare i de högsta instanser rekryteras från andra karriärer, exempelvis från universitet, advokatbyrå eller åklagarmyndighet.

Även om den ovan beskrivna typen av domarkarriär dominerar starkt i Sverige, är genomgången domarutbildning, eller ens fullgjord tingstjänstgöring, således inget formellt krav för domartjänst. De enda formella kraven uppställs i RB 4:1. Men traditionens makt är stor och trots ansatser under senare decennier för att öppna upp domarrekruteringen, har de allra flesta gått den traditionella vägen.⁵⁷⁸

6.7.3 Domarideal och domaretik: lojalitet, plikt och självständighet

Domarens yrkesroll befinner sig i skärningspunkten mellan två delvis motstridiga ideal. Domaren är skyldig att tillämpa ”gällande rätt”, även om denna ibland kan synas strida mot förnuftet eller lämpligheten i ett enskilt fall; det är i sig en etisk princip för domare att noggrant och korrekt söka sig fram till en lösning i överensstämmelse med gällande rätt och med tillämp-

⁵⁷⁴ Se ovan 6.5.1.

⁵⁷⁵ Se ovan 6.7.1.

⁵⁷⁶ Se nedan kap. 7.

⁵⁷⁷ Grundlagsutredningen (2008:125 s 328) har föreslagit att kallelseförfarandet avskaffas.

⁵⁷⁸ SOU 2003:102 En öppen domarrekrutering, DS 2007:11 En mer öppen domarutbildning och Grundlagsutredningen (2008:125) tar upp frågorna.

ning av ”gängse” juridisk metod.⁵⁷⁹ I en del sammanhang föreskriver rätts-traditionen särskilt stränga regler; när det gäller straffrätten och skatterätten, och i mindre utsträckning andra tvingande föreskrifter, anses legalitetsprin-cipen göra sig särskilt starkt gällande, så att domaren under inga omständig-heter kan jämka resultatet i skärpande riktning (men dock i mildrande). På andra rättsområden kan det finnas större utrymme att ”fixa och trixa”, att laga efter lägligheten så att resultatet blir tillfredsställande för parterna. I ex-empelvis tvistemål anses det angeläget med en aktiv förlikningsverksamhet från domarens sida.

Leijonhufvud skriver att yrkesetiken för jurister i stor utsträckning hand-lar om att ”sköta sitt jobb”, vad detta nu innebär. Det gäller att vara nog-grann och korrekt, att ha en objektiv inställning där även ”olämpliga” rätts-regler respekteras, för det är enligt Leijonhufvud inte juristen som skapar rätt.⁵⁸⁰ Wennström har myntat uttrycket ”dresserade arbetshästar” om svenska jurister. Noggrannhet, flit och goda juridiska kunskaper är enligt Wennström de tre ideal som är typiska för den juridiska verksamheten.⁵⁸¹ Etisk medvetenhet verkar inte vara det som först uppmärksammas. Ändå är en gemensam moralisk kultur nödvändig för domarens professionella iden-titet i en rättsstat.⁵⁸² Det är just en *kultur* det handlar om – gott omdöme, in-tegritet och professionalism kan inte regleras fram.

Hur domarens handlingsmönster ser ut i det enskilda fallet kan alltså till en början bero på vilken måltyp det rör sig om – och i förlängningen vilket samhällsintresse som ligger bakom (tvistlösning? Handlingsdirigering? Re-pression? Skatteindrivning?). Detta är en erkänd omständighet och följer ut-tryckligen av olika regler i rättegångsbalken för brottmål, förvaltningsmål av olika slag, och dispositiva respektive indispositiva tvistemål. Exempelvis förutsätter officialprincipen i förvaltningsmål ett aktivt förhållningssätt från domarens sida, och detsamma gäller indispositiva tvistemål inom exempel-vis familjerätten. I dispositiva tvistemål skall domaren normalt inta en aktivt förlikande roll på förberedelsestadiet, medan han eller hon har en tillbaka-dragen position vid en eventuell huvudförhandling. I brottmål beror doma-rens aktiva processledning dels på typen av mål (i mindre brottmål saknar den tilltalade ofta försvarare, vilket ofta gör det nödvändigt för domaren att bevaka dennes intressen också) och dels på ombudens kompetens, samtidigt som det finns strikta regler kring bl.a. åtalets utformning som tvingar doma-ren att förhålla sig passiv i den frågan.

⁵⁷⁹ M Leijonhufvud 2008s 227 f. Begreppet ”gängse” har jag dock själv valt att sätta inom cita-tionstecken eftersom det är så halt och förrädisk: vad är ”gängse”, enligt vem och varför? Just när det gäller juridisk metod är detta en särskilt relevant fråga, menar jag.

⁵⁸⁰ M Leijonhufvud a. st.

⁵⁸¹ B Wennström 2002 s 42 ff.

⁵⁸² M Leijonhufvud s 233.

Domarens beteende och handlingsmönster är alltså till en del föreskrivet i lag, men till största delen inhämtas handlingsreglerna sannolikt under hand, genom praktisk erfarenhet. Flera uttalanden i intervjuundersökningen tyder på att det bland domare odlas en stark anda av ämbetsmannaloyalitet i en sorts gammaldags mening. Med detta menar jag att domare förväntas utföra ett arbete av högsta kvalitet även under pressade arbetsförhållanden och utan att klaga. Vi talar här om en stark lojalitet med staten och rättsordningen, men inte nödvändigtvis med någon viss politisk agenda eller ideologi. Lojalitet omfattar i detta sammanhang självständighet; det är genom att vara självständig som domaren bäst tjänar rättsordningen. I det här avseendet uppvisar den svenska domarkåren framträdande idealistiska drag, åtminstone att döma av intervjuundersökningen. Pliktmedvetandet är starkt och utgör en stor del av domarkårens stolthet och yrkesidentitet. Särskilt påfallande blir detta i en tid då den offentliga tjänsten på andra håll har tagit efter näringslivets ideal och anställningsformerna blivit mer lika de i den privata sektorn. Domarnas anställningsformer – och yrkesideal – synes vara den sista resten av en äldre ämbetsmannamodell där domaren utgjorde normen.

7 Domarrollen från insidan

7.1 Inledning

Under våren och sommaren 2007 genomförde jag en intervjuundersökning med svenska domare inom ramen för avhandlingsprojektet. Syftet med undersökningen var att undersöka attityder och förhållningssätt till domarrollen bland domare i skilda faser av karriären. Grundtesen är att utövarna av domaryrket är bärare av en mängd personlig kunskap som inte är tillgänglig för utomstående eftersom den inte är formaliserad eller uttryckt i någon systematisk form.⁵⁸³ Den personliga kunskap som finns hos enskilda domare och hos domarkåren kollektivt är avgörande för hur domaryrket utövas, för hur rättskällorna används och för utgången av enskilda mål. Domarnas uppfattning av sin systematiska roll i rättsordningen och i det konstitutionella systemet är avgörande för hur de kommer att agera i sin rättstillämpande funktion.

Intervjuerna har dessutom varit värdefulla för förståelsen av domaryrket som profession. Som diskuterats i ett annat avsnitt⁵⁸⁴ är domarkåren lite motsägelsefull ur ett professionsteoretiskt perspektiv. Det gäller särskilt domare i kontinentaleuropeisk tradition och kanske i synnerhet svenska domare, med deras traditionellt starka koppling till förvaltningen och den verkställande makten.

7.2 Metod och genomförande

7.2.1 *Intervjupersonerna*

Totalt 18 personer har intervjuats enligt nedanstående fördelning. Förkortningen IP betecknar intervjuperson. De intervjuade har numrerats för att

⁵⁸³ Ang. personlig eller ”tyst” kunskap, se B Rolf 1995.

⁵⁸⁴ Se ovan kap. 3.

säkerställa deras anonymitet. Numreringen gör det möjligt att urskilja i vilken omfattning jag refererar till samma personer.

- [IP 1] Ettårsbehörig tingsnotarie
- [IP 2] Tingsfiskal
- [IP 3] Tingsfiskal
- [IP 4] Assessor LR
- [IP 5] tf Assessor LR
- [IP 6] Assessor TR
- [IP 7] tf Assessor HovR
- [IP 8] Rådman TR
- [IP 9] Chefsrådman TR
- [IP 10] Rådman TR
- [IP 11] Hovrättsråd (pens.)
- [IP 12] Hovrättslagman
- [IP 13] Lagman LR
- [IP 14] Lagman TR
- [IP 15] Hovrättspresident (pens.)
- [IP 16] Regeringsråd
- [IP 17] Justitieråd
- [IP 18] Justitieråd

Av de intervjuade är åtta kvinnor och tio män. Intervjupersonernas ålder varierar kraftigt. Den yngsta deltagaren var 29 år gammal och den äldsta 85 år vid intervjutillfället.

Som kommer att framgå i det följande refereras de olika intervjupersonerna olika mycket. Detta är ett resultat av medvetna analytiska val, och spridningen i domstolstyp mellan de citerade är ändå god.

7.2.2 Planering och genomförande

Ett tjugotal domare tillsändes under våren 2007 brev med en presentation av avhandlingsprojektet och en förfrågan om deltagande. En del av dessa tilltänkta intervjupersoner återkom spontant med ett positivt besked, medan andra kontaktades per telefon eller e-post några veckor efter brevet. De allra flesta var positiva till medverkan, under förutsättning att deras anonymitet garanterades. En person tackade nej vid telefonkontakt och ytterligare ett par personer gick inte att få kontakt med.

Vid telefonsamtalet har den slutliga överenskommelsen om intervjun normalt träffats, och då har intervjupersonen haft möjlighet att ställa frågor om intervjustudien och projektet som helhet.

De flesta (13 st) intervjuer har ägt rum vid intervjupersonernas arbetsplats, antingen i intervjupersonens tjänsterum eller i ett konferensrum eller liknande. Två intervjuer har ägt rum i juridiska institutionens lokaler i Uppsala och ytterligare tre har genomförts i respektive intervjupersons bostad. Valet av lokal för intervjun har i samtliga fall gjorts av intervjupersonerna. Normalt har intervjuerna gjorts på intervjupersonernas arbetstid, men i ett par fall har de måst genomföras på kvällstid eller helg.

Intervjuerna har i de flesta fall varit ca 90-110 minuter långa. Någon intervju varade endast 62 minuter, medan den längsta varade ca 135 minuter. Variationen härvidlag har normalt berott på hur villiga intervjupersonerna har varit att reflektera och dela med sig av sina erfarenheter; några har svarat ganska kortfattat och distinkt på ställda frågor, medan andra hållit längre monologer. De allra flesta intervjuer har emellertid format sig till samtal snarare än renodlade intervjuer, där dock i samtliga fall intervjupersonen varit den som pratat mest. Intervjuernas utformning har gjort att det ibland varit nödvändigt att följa upp det fria samtalet med mer precisa eller ledande frågor, men jag tror inte att det funnits risk att jag därmed "lurat" någon att avge svar de inte kan stå för.

Jag har själv genomfört samtliga intervjuer och transkriberat dem. Alla intervjuer har inte skrivits ut i fullständig form, utan huvudsakligen de delar som bedömts vara av särskilt intresse för studien. Citaten är redigerade för läsbarhetens skull, även om de flesta domare uttrycker sig välformulerat och distinkt och på så sätt är lätta att intervjua och att sedan citera. Respondenterna är avidentifierade och presenteras med titel. Skälet till det är att respondenternas yrkeserfarenhet och plats i karriären kan vara relevant för tolkningen av deras utsagor. Däremot har jag inte bedömt att olika respondenter med samma titel behöver kunna skiljas åt i denna rapport. Jag har inte heller angett kön på enskilda respondenter eftersom jag med något undantag har bedömt det som irrelevant. Något mönster i respondenternas svar, som skulle kunna kopplas till deras kön, har jag inte kunnat skönja.

7.2.3 *Intervjuernas uppläggning*

Vid intervjuens inledning har intervjupersonen fått ytterligare ett tillfälle att ställa frågor om intervjuens syfte och innehåll. Därefter har diktafonen kopplats på och den egentliga intervjun börjat.

Intervjuerna har följt en mall med fyra temata. Det *första temat* har berört domarens personliga och yrkesmässiga bakgrund. Här har syftet varit att få en uppfattning om varför respondenten valde att läsa juridik, om det fanns inspiratörer i respondentens närmaste kretsar, familjetradition och så vidare. Om det var något särskilt som lockade med juridiken kanske det kan förklara det senare yrkesvalet. Respondenten har också fått resonera kring hur

han eller hon uppfattat studietiden och hur han eller hon tänkte om den efterföljande karriären.

Därefter har respondenten fått redogöra för sin karriärgång och hur den har sett ut fram till dagsläget. Genom att följa karriärgången och ställa frågor om respondentens bevekelsegrunder har det varit möjligt att få en uppfattning om varför respondenten valt domarkarriären och stannat kvar på den. Poängen är att respondentens bakgrund och bevekelsegrunder kan vara viktig för förståelsen av hur han eller hon ser på domarrollen, både idealt och personligt. Rent intervjuetnologiskt är det också ett bra sätt att komma igång med intervjun och bygga upp ett förtroende.

Det *andra temat* har handlat om domarideal och yrkesroll. Här har respondenterna fått resonera kring frågor om domarens uppgift och vem man betraktar som uppdragsgivare; eventuella förebilder och idealtyper; domarideal, domardygder och egenskaper som är outhärliga, nödvändiga, önskvärda eller förbjudna hos domare; samt egna bra och dåliga sidor och hur man lever upp till idealen.

Det *tredje temat* har varit domarrollen, mer specifikt hur man agerar som domare i den konkreta arbetssituationen. Här har frågorna berört svårigheter i yrkesrollen, om lagstiftningens och övriga rättskällors innehåll kan komma i konflikt med andra lojaliteter, såsom konstitutionella eller etiska, samt yrkets för- och nackdelar utifrån ett personligt ”arbetstagarperspektiv”.

Under detta tema har även några mer abstrakta frågor berörts, till exempel respondentens uppfattning om förändring av yrkesroll och arbetsförhållanden över tid, om det går att urskilja epoker och om finns utlösande faktorer för förändringar som har gått att uppfatta från yrkeslivets horisont. Dessutom har respondenterna fått diskutera värderingars roll i rättstillämpningen och hur skönsrättsliga frågor avgörs.

Det *fjärde temat* har behandlat domstolarna som institutioner. Respondenterna har fått resonera kring domstolarnas roll och om de institutionella, konstitutionella, rättsliga och ekonomiska resurser som finns för att utföra domarvärvet. Hit hör också frågor om olika aspekter av judiciell självständighet, arbetets ledning och organisering, och respondentens uppfattning om eventuella önskvärda förändringar i den institutionella ramen. Löner och övriga arbetsförhållanden har också diskuterats här.

7.2.4 Ytterligare om metoden

Eftersom intervjuer som undersökningsmetod är mindre vanlig inom rättsvetenskaplig forskning redogör jag nedan lite närmare för teori och metod i detta avseende.

Det är viktigt att understryka att intervjuerna har varit av ”halvstrukturerad” karaktär. Intervjuguiden har inte följts slaviskt, utan intervjuerna har

mer liknat samtal som till viss del har fått styras av respondenternas intressen. Exakt samma frågor har inte ställts till alla respondenter. Däremot har alla fyra temata berörts i samtliga intervjuer och den allmänna inriktningen har varit densamma för hela intervjuprojektet. Syftet har ju inte varit att få till kvantifierbara resultat utan att utforska attityder hos en grupp av domare. Även om resultatet alltså inte är statistiskt användbart finns tre faktorer som talar för undersökningens representativitet: det breda urvalet av respondenter, frågornas utformning och resultatens relativa samstämmighet.

Idén med att intervjua personer på skilda karriärpositioner har varit att dels försöka säkerställa att undersökningen inte uteslutande blir representativ för en viss snäv grupp av domare, dels att kunna få en preliminär uppfattning om eventuella attitydskillnader mellan olika domarkategorier med avseende på ålder, tjänstebenämning och domstolstyp. Eftersom undersökningen tyder på ganska små skillnader härvidlag, trots det breda urvalet, kan detta tyda på en viss representativitet. Frågornas utformning har varit så pass generell att alla domarkategorier har kunnat känna sig berörda av samtliga frågor. Naturligt nog har en äldre domare en längre erfarenhet och kanske bredare historiskt perspektiv, men å andra sidan har de yngre domarna kanske en fräschare blick för yrket då de inte i samma utsträckning har vuxit in i yrket. Dessa faktorer är både förutsedda och avsiktliga i undersökningen.

Huvudsaklig metodlitteratur för denna studie har varit Steinar Kvaales *Den kvalitativa forskningsintervjun*.⁵⁸⁵ Några huvuddrag i den kvalitativa intervjuens förståelseform enligt Kvale är följande. Ämnet för den kvalitativa intervjun är intervjupersonens livsvärld. Syftet är att beskriva och förstå några centrala teman som den intervjuade upplever och förhåller sig till. Huvuduppgiften härvidlag är att förstå innebörden av vad den intervjuade säger. Konkret kan det innebära att intervjuaren ställer följdfrågor, och att han är observant på eventuella meningar ”mellan raderna” och annat som kan vara underförstått. Eftersom syftet med en kvalitativ intervju är att erhålla nyanserade beskrivningar av olika kvalitativa aspekter av den intervjuades livsvärld, ligger det i sakens natur att man arbetar med ord, och inte med siffror. Den kvalitativa metodens stringens i meningstolkningen och precision i beskrivningen motsvarar exaktheten i de kvantitativa måtten, enligt Kvale.⁵⁸⁶

Den kvalitativa forskningsintervjun syftar till att erhålla otolkade beskrivningar, som intervjuaren/forskaren sedan får tolka. Det är specifika erfarenheter, situationer och handlingsförlopp som efterfrågas, inte allmänna åsikter. Beskrivningarna skall helst vara så rika och förutsättningslösa som möjligt, varför intervjuaren inte så mycket bör presentera på förhand för-

⁵⁸⁵ S Kvale, *Den kvalitativa forskningsintervjun* (1997).

⁵⁸⁶ S Kvale 1997 s 34 ff.

mulerade frågor eller färdiga analytiska kategorier, som att vara öppen för nya och oväntade fenomen. Intervjun är fokuserad på vissa teman i den intervjuades livsvärld, men varken strängt strukturerad eller helt fri; det kommer an på den intervjuade att ta fram de dimensioner som är viktigast för honom eller henne inom det fokuserade området. Mångtydighet eller motsägelser är inte nödvändigtvis problematiska, utan bör lyftas fram i nyanseeringens intresse. Intervjuarens känslighet, kunskaper och förmåga kan vara avgörande för resultatet; vanliga vetenskapliga krav på intersubjektiv reproducerbarhet är således inte renodlat överförbara på kvalitativa intervjuer, utan det finns alltid ett subjektivt element som är beroende av intervjuaren och dennes samspel med respondenten.⁵⁸⁷ Med detta sagt, vill jag ändå framhålla att jag personligen är övertygad om att en annan intervjuare, med samma intervjuarguide och samma intervjupersoner som jag haft, skulle ha nått fram till snarlika resultat.

För den förhandenvarande studien kan det således ha betydelse att intervjuaren är jurist (och inte exempelvis sociolog eller statsvetare); han är således införstådd med den juridiska begreppsvärlden och den yrkesmässiga och sociala fostran som äger rum vid universitetens juristutbildningar, vilket i bästa fall kan minska risken för missförstånd i samspelet mellan intervjuare och respondent och göra det lättare att ställa mer precisa frågor eftersom det finns en delad förförståelse. En nackdel kan vara att det inifrånperspektiv och den förförståelse som den gemensamma utbildningsbakgrunden utgör kan dölja eller skymma intressanta frågeställningar eftersom vissa saker tas för givet av bägge parter; dessa kan då bli oklara eller svårbegripliga för utomstående.

En annan omständighet i den aktuella studien är att intervjuaren i stort sett saknar egen domstolsbakgrund. Arbetsrutiner och detaljer om karriärvägar och annat har således fått förklaras av respondenterna. Fördelen är att intervjuaren i stort sett saknar förförståelse beträffande domstolarnas inre liv och således knappast blandar in egna uppfattningar i tolkningen av intervjuerna (eller i alla fall inte i samma utsträckning), men nackdelen kan förstås vara att viktiga markörer i intervjuutsagorna går förlorade, det vill säga att en intervjuare med egen domstolserfarenhet hade begripit eller uppfattat fler innebörder av en given utsaga.

För tolkningen av intervjuerna och deras resultat är det alltså ofrånkomligt att intervjuarens egenskaper har betydelse och i den bemärkelsen har undersökningen ett subjektivt inslag. Det betyder inte att undersökningen saknar värde som vetenskap. Varken kvantifierbarhet eller fullständig objektivitet (om sådan är möjlig) är nödvändiga för vetenskaplig hållbarhet i detta sammanhang. Den kvalitativa metoden innebär möjligheter att komma åt och utforska innebörder och meningar som är oåtkomliga för kvantitativa

⁵⁸⁷ S Kvale 1997 s 36 ff.

metoder. Det innebär också att lägga de vetenskapliga anspråken på en realistisk nivå. Undersökningen har således inte ambitionen att vara heltäckande, uttömmande eller fullständig i någon bemärkelse. Icke desto mindre gör den anspråk på att ge en mer omfattande och mer systematisk kunskap om domarens självuppfattning än som hittills varit tillgänglig.

För forskare inom rättsvetenskap och övriga humanistiska discipliner torde ovanstående vara ganska givna förutsättningar; en ”rent objektiv” tolkning av studieobjektet⁵⁸⁸ är inte möjlig; av det följer emellertid inte fullständig relativism, vilket är en vanlig missuppfattning.⁵⁸⁹ I denna undersökning eftersträvas således en så korrekt och ärlig bild av verkligheten som möjligt, vilket bland annat innebär att forskarens egna värderingar och förståelse redovisas så långt det är möjligt och hanterbart.

Med detta lämnar jag nu de metodologiska överbägandena och övergår till att redovisa resultaten av undersökningen.

7.3 Tema 1: Bakgrund och bevekelsegrunder

Detta tema har fått inleda intervjuerna och har gått ut på att intervjupersonerna utförligt har fått redogöra för sitt studieval, juridikstudierna och karriären efter examen. Syftet har varit att bilda en uppfattning av de intervjuade domarnas bakgrund och hur det kommer sig att de arbetar som domare nu. Skälen för yrkesvalet är viktiga för att förstå hur domaren ser på sitt yrke. Är det ett kall eller en karriär? Lockar status, lön, arbetsvillkor, intellektuella utmaningar, den offentliga tjänsten som sådan? Finns det någon särskild idé bakom valet av domarbanan, eller var yrkesvalet en slump?

7.3.1 Valet av akademisk inriktning

En del av de intervjuade, särskilt yngre, uppger att de valde juridikstudier på grund av intresse för samhällsfrågor eller politik, men en annan grupp – vanligast bland dem som studerade på 60- och 70-talen – säger att de valde juridik för att det var ett vanligt negativt val, det vill säga det alternativ som stod till buds om man ville skaffa en akademisk utbildning men inte var säker på vilken. Ett liknande skäl anger en annan grupp, som menar att juridikstudier ”alltid var bra att ha” och ett bra alternativ för en blivande gene-

⁵⁸⁸ Vare sig detta utgörs av rättsregler, litterära texter, historiskt källmaterial eller något annat.

⁵⁸⁹ Jfr exempelvis C Dahlman 2006. Rodhe och Ekelöf har förespråkat ett strängt ”objektivistiskt” ideal inom rättsvetenskapen, medan vanligast tycks vara en mindre sträng medelväg som ändå eftersträvar ett neutralitetsideal. Dahlman s 10 ff.

ralist. En person säger, halvt på skämt, att ”det var ungefär vad mina betyg räckte till... det var ju fritt inträde på den tiden”.⁵⁹⁰ Även bland äldre domare finns emellertid de som uppger samhällsintresse som ett skäl att studera juridik. Någon blev uppmuntrad att läsa juridik av en gymnasielärare av det skälet.

Valet har långt ifrån varit självklart för många. Flera av de äldre domarna uppger att de förknippade juridikstudier med ”dammiga luntor och lagböcker” men blev positivt överraskade av juridiken som ämne. En person uppger att hon var helt ointresserad av juridik, trots (eller kanske på grund av) jurister i familjen, och började studera humaniora – men hoppade över till juridiken för att få en ”riktig yrkesutbildning”, underförstått en utbildning som kunde leda till utkomst och försörjning – eller möjligen en önska om en professionstillhörighet.

Yngre domare⁵⁹¹ uppger oftare att juridiken var ett positivt val som bottnade i intresse för samhällsfrågor eller något specifikt juristyrke som man blivit nyfiken på. Det fåtal som hade en bild av själva juridiken före studierna menar att juridiken framstod som strukturerad i jämförelse med mer ”diffusa” utbildningar inom samhällsvetenskap eller humaniora, och att juridiken lockade med sin kombination av teori och praktik. En annan person uppger att kombinationen av ”logiskt-formellt tänkande” och möjligheten att använda språket var attraktiv. Möjligheten att diskutera och argumentera inom en teoretisk systematisk ram är ett annat svar.

Någon menade att utbildningen hade en tydligare karriärväg utstakad efter sig. En person uppger att hon sökte sig till juristutbildningen för att det ”var ett naturligt val om man hade höga betyg och hög ambitionsnivå efter gymnasiet”, vilket man kanske kan tolka som att juristutbildningens rykte om sig att vara ”svår” (att komma in på och att klara av) lockade. Detta påstående pekar mot en annan vanlig tendens bland personer som väljer en professionell yrkesbana, nämligen att man inte gör det främst för ekonomisk vinning utan av andra skäl, såsom exempelvis status, respekt, att göra en insats för samhället eller liknande.⁵⁹²

Sammanfattningsvis är det svårt att se någon entydig tendens bland de intervjuade. Gemensamt för många är emellertid en viss humanistisk inriktning som tagit sig uttryck i andra studier eller aktiviteter utanför juridiken, och det trots att inte så få läste naturvetenskaplig linje eller motsvarande på gymnasiet. Många uppger också intresse för samhällsfrågor. Något av detta

⁵⁹⁰ Det vill säga att juristutbildningen var ospärrad och således hade alla med studentexamen tillträde; ingen konkurrens rådde vid intagningen. IP 18, som står för citatet, uppgav att det var drygt 400 nybörjare på den propedeutiska kursen.

⁵⁹¹ Med ”domare” avses genomgående alla som intervjuats, såväl ordinarie domare som assessorer i olika befattningar, fiskaler och den enda notarien.

⁵⁹² Se även kap. 3 ovan.

finns hos alla intervjuade och det är inte någon som (i efterhand i alla fall) på allvar menar att valet var helt slumpmässigt.

Ett intervjuat får illustrera en inställning som har varit vanlig bland många intervjuade:

[IP 17]: Jag har en tes: om man frågar exempelvis en läkare eller en arkitekt om deras yrkesval, så brukar de alltid hävda att de alltid har önskat det eller strävat mot det som mål. Men de flesta jurister som man frågar svarar att det bara blev så eller att de inte riktigt vet varför de började med juridik. Så var det för mig också. Men om jag efterrationalliserar lite så var det väl främst två skäl: det ena vara att jag under en utlandsvistelse träffade ett par personer som skulle börja läsa juridik och som jag blev inspirerad av. Det andra skälet var att jag kommer från en familj som präglas av vad vi skulle kunna kalla det schartauanska arvet, det här med att göra rätt för sig, plikt och sånt där... det innebar att det här att läsa mera fritt, exempelvis språk eller humaniora, inte kändes tillräckligt strukturerat, inte tillräckligt ordentligt. Men jag hade inga yrkesplaner, jag hade väldigt luddiga föreställningar om vad detta innebar, utan det var mer att det lät ordentligt. Det faktum att min morfar var jurist och domare var inget som jag ens tänkte på då... [...] Jag kan säga att juridikstudierna var fruktansvärt tråkiga och bitvis obegripliga. Civilrätten var rena grekiskan. Men på nåt sätt hade jag väl en struktur i huvudet som gjorde att det fungerade, och dessutom bra stöd av studiekamraterna, så jag tog mig igenom och fick bra betyg.

Möjligen kan man tänka sig att gruppen yngre domare varit mer medvetna om juridiken som *karriärval*. Det kan hänga ihop med att konkurrenssituationen för tillträde till juristutbildningen sedan omkring 20-30 år ser helt annorlunda ut än vad den gör idag. Numera är tillträde förknippat med höga gymnasiebetyg eller poäng på högskoleprovet, medan det fram till åtminstone mitten av 70-talet i princip saknades konkurrens vid antagningen. Därför förefaller valet av utbildning ofta mindre målinriktat, och mer obekymrat, bland de äldre domarna, med reservation för att juridiken blev ett "plikttal" för en del äldre. De yngre framstår mer som målmedvetna karriärister, även om det finns ett starkt inslag av humanistiskt eller samhällsligt intresse även i denna grupp. Den hårdare konkurrensen om tillträde till och betyg på juristutbildningen kan vara en bidragande faktor till en ökad status för utbildningen och juristyrkena; många äldre domare vittnar om att juristutbildningen hade ganska låg status då de läste på 60- och 70-talen.

7.3.2 *Vägen till domaryrket*

Ingen av de intervjuade domarna uppger att de hade planer på att bli domare före utbildningen, och bara någon enstaka hade några starkare funderingar på det under utbildningen.

I princip samtliga intervjuade domare uppger att de sökte notariatjänstgöring direkt efter studierna därför att det föreföll vara en naturlig fortsättning på utbildningen och att det skulle bredda valmöjligheterna oavsett bana. Det finns emellertid exempel på mer medvetna val relativt tidigt under utbildningen:

[IP 2]: Mot slutet av juristutbildningen läste jag fördjupningskurser i processrätt, och jag skrev också mitt examensarbete i processrätt, nämligen om otillåtet åtkommen bevisning i brottmål. Med den bakgrunden var det naturligt att söka notariatjänst, eftersom jag då skulle få se både civil- och straffprocess i praktiken, var tanken. [...] Och på tingsrätten är det överhuvudtaget mycket processrättsfrågor hela tiden.

Man skulle alltså kunna skilja mellan ett tidigt aktivt val och ett senare, något mindre aktivt val – ”det bara föll sig så”. För huvuddelen av de intervjuade var notariatjänstgöringen en naturlig följd av juristexamen. Ansökan till hovrätt eller kammarrätt är ofta ett mer medvetet val som har ställts mot andra möjliga alternativ, ofta i den privata sektorn, men även på annat håll, vilket avspeglas väl i den följande intervjusekvensen:

[IP 2]: Jag trivdes ju väldigt bra på tingsrätten [...] om jag tidigare hade funderat på det här med åklagare, för jag hade väl lite fascinerats av den rollen och var intresserad av brottmål, så hade jag väl under den här tiden också fått upp ögonen för tvistemål och att det också var kul. Jag var fortfarande ovillig att välja mellan civilrätt och straffrätt utan jag ville egentligen jobba med bägge.

OS: Vad var det som fascinerade med åklagarrollen?

[IP 2]: Äh, jag tror att det var spännande helt enkelt, med brottmål... det tycker jag väl fortfarande. Jag tycker väl fortfarande att det verkar väldigt intressant att få driva en förundersökning, utreda brott, bekämpa brott. Intressant och dessutom en väldigt samhällsnyttig sysselsättning. Jag skulle nog kunna tänka mig att prova på att jobba som åklagare.

OS: Det här med partsrollen då...

[IP 2]: Jo det kan väl vara det också, att man får vara part vid en förhandling och argumentera för sin sak och så vidare, absolut. [...] Men jag blev ändå mer styrd åt att jag ville fortsätta jobba med den här spännande kombinationen med både civilrätt och straffrätt. Och jag kände väl även tidigt att jag, även av privata skäl, inte var särskilt intresserad av att jobba på advokatbyrå, eller kommersiellt. En sak som jag uppskattade väldigt redan då, som jag tror är väldigt viktig för mig, det är den här självständigheten, att inte vara tvungen att jaga kunder eller klienter. Jag är inte särskilt förtjust i att sälja mig själv, utan jag vill göra mitt jobb på ett bra sätt.

OS: Och det var den grejen som avskräckte med byrå?

[IP 2]: Dels det. Och sen så var jag väl inte särskilt intresserad av de större affärsjuridiska drakarna för att jag inte är särskilt intresserad av transaktioner eller ekonomi eller det de håller på med där; det tyckte jag verkade oändligt tråkigt jämfört med att jobba med mer... verklighetsnära juridik. Nåt som berör människor och där man känner att man gör lite mer omedelbar nytta för vanliga människor, kanske. Jag tycker faktiskt att det verkar rätt tråkigt att jobba med de här jättestora affärerna, det lockar faktiskt inte mig så mycket. Även om det kan vara kul att ha nåt tvistemål med stora bolag nån gång. Det är väl också spännande ibland för de rättsliga frågorna. Men jag är nog inte så affärsmässigt intresserad helt enkelt. Men som sagt en kombination av de civilrättsliga frågorna och kombinerar det med den spännande straffrätten, där de mänskliga aspekterna är intressanta och inte bara juridiken. Man skipar ju rättvisa! På sätt och vis...

IP 2 valde alltså mellan en domstols- och en åklagarkarriär, lockades av spänningen i åklagaryrket men valde att stanna på domarbanan för den intressanta kombinationen av olika rättsområden – den mer tekniskt utmanande civilrätten och den mer mänskligt orienterade straffrätten. Självständigheten i domaryrket lockade också.

Andra har upptäckt sin dragning till domaryrket under studietiden:

[IP 12]: I grund och botten har jag alltid varit domarsjäl. Jag vet precis när det började. Jag var sommarnotarie i [en mindre stad] i slutet av 70-talet. Hela stämningen där var läcker, runt detta med dömandet på en liten domstol. Att sitta där i mitten och bestämma... hanteringen, beslutsfattandet. Men det kändes förmätet att aktivt säga att man ville bli domare.

IP 12 lyfter fram något som är ganska vanligt bland de intervjuade domarna. De lockas mindre av möjligheten att tjäna mycket pengar än av en position som åtnjuter ett betydande mått av auktoritet, och de lockas av *autonomi*:

ingen chef som hänger över axeln, man får frihet att använda sitt professionella omdöme. Detta återkommer i flera intervjuer nedan.

Många ger uttryck för en stark skepsis till arbete i den privata sektorn, särskilt på affärsjuridiska advokatbyråer. Det verkar dels vara arbetstempot, dels den allmänna inriktningen på pengar och affärer, som avskräcker. Detta kan illustreras av följande två citat.

[IP 18]: Den privata sektorn har aldrig varit aktuell. Kanske av feghet, men också för att jag är ointresserad av pengar och business. Jag är humanjurist i själ och hjärta. Och så gillar jag att få avgöra målet.

[IP 6]: Jag tänkte under utbildningen på förvaltningen eller på domarbanan. Jag började på [en stor affärsjuridisk advokatbyrå], och jobbade där ett knappt år. Det var roligt, en ung arbetsgrupp, full fart, men för mycket att göra, tolv timmars arbetsdag från 8-20 var regeln varje dag och dessutom minst lördag eller söndag varje vecka. Det är väldigt inriktat på pengar, tjäna pengar, debitera hela tiden, allt man gör handlar om pengar. Det ligger väl i konsultrollen... man ska få redan stora företag att tjäna ännu mera pengar.

Mer positivt är det friheten och frånvaron av styrning som verkar locka till domarbanan. Möjligheten att styra sina egna arbetsvillkor och – återigen – att förutsättningar av icke-pekuniär natur står i centrum är typiskt för professionella yrken. Ytterligare ett uttalande kan få belysa detta.

[IP 8]: Jag vill tro att det är känslan av att man får göra det man tror på. Man är inte styrd. Särskilt gäller det jämfört med advokatycket, i alla fall i den juridiska situationen. Man har inga herrar. Det är friheten som gör domarycket attraktivt, och möjligheten att påverka sin egen arbetssituation i vardagen. Pengarna i det privata kan väl locka, men inte arbetsvillkoren; utom möjligen för äldre delägare, men de har ju fått slita ont i tjugio år först, kanske missat barnens uppväxt... och jobbar du på en stor affärsjuridisk byrå och huvudklienten ringer, så är det bara att släppa allt, om det så är julafton.

Vi kan återigen konstatera att *friheten* i vid bemärkelse är det viktigaste för valet av domarycket. Dessutom menar någon att man i själva verket får ägna sig åt mer riktig juridik om man arbetar på domstol, och det är det som lockar. Man slipper jaga klienter och fakturera timmar hela tiden. Detta framgår av följande intervjusekvens.

OS: Lockar den privata arbetsmarknaden inte alls längre?

[IP 4]: Kanske att pröva på, men jag tror inte det är min grej.

OS: Varför är du mer inriktad på offentlig karriär nu då?

[IP 4]: Jag gillar att arbeta med juridik, och det får man göra i domstol och på myndigheter. Inte så mycket transaktioner, eller massa annat runt omkring, utan rena tillämpningsfrågor. Sen lockas jag inte av att gå olika klienter till mötes i olika frågor, utan vill jobba med något jag tror på. Inte hålla på att debitera och ha pengarna som drivkraft hela tiden. Sen är inte pengar oviktigt, man vill ju ha betalt efter sin prestation, men jag tycker inte det är ett problem i den offentliga sektorn. Sen är ju arbetsbelastningen mycket högre på privata firmor. Flera bekanta som jobbar privat försöker ge sken av att det mest handlar om arbetstoppar, men de har ju faktiskt aldrig tid att ses – det är väldigt svårt att boka in luncher eller middagar... så det är nog tyvärr sanningen.

OS: Kan jurister delas in i ett A-lag som jobbar i den privata sektorn och ett B-lag som arbetar offentligt?⁵⁹³

[IP 4]: Nej jag tror inte det stämmer, men det finns nog många som tror det. [...] Jag upplever att det är mycket hög kvalitet på de som sitter på rådstjänster. Det finns ju en gräzon också, en del äldre domare som har fått sina tjänster utifrån förtjänst, numera är det ju enbart skicklighet som gäller, i princip. Det finns kanske en del som inte skulle ha fått någon tjänst idag. Sen är själva grundutbildningen på universiteten en bra grund att stå på när man ska jobba på domstol, men den känns mer profilerad mot privat verksamhet.⁵⁹⁴ Men jag vet inte om det beror på själva utbildningen eller om det är andra faktorer som spelar in. Många lockas i det skedet av pengarna och de privata arbetsgivarna är duktiga på att söka upp unga ambitiösa studenter. Sen är det inte säkert att betygen på utbildningen egentligen avspeglar förmågan att klara av ett arbete senare. Sammanfattningsvis är det nog mycket tillfälligheter som avgör var man hamnar. Det privata har en stark dragningskraft på grund av att de arbetsgivarna syns mycket på arbetsmarknadsdagar och de har en aura av

[IP 4]: Ja det ligger väl nära till hands. Få delägare på de prestigefyllda firmorna är kvinnor. Ofta är en sådan karriär omöjlig att kombinera med familj. Men på domstol dominerar nästan kvinnorna nu.

OS: Vad innebär det för dig att jobba med något du tror på?

[IP 4]: Som domare får man underlaget presenterat för sig. Det är mycket lämplighetsöverväganden i förvaltningsdomstol, och jag tycker det är roligt och intressant. Att vara part innebär ju att man måste driva en viss linje. Jag stimuleras av att vara den som fattar beslutet och att avgöra vad som är rätt eller fel i det enskilda fallet. Man slipper välja sida.

OS: Är det en typ av sanningspatos?

[IP 4]: Det kan man nog säga; snarare det än sådant som att värna den lilla människan eller liknande. Det finns en sån aspekt också i och för sig. Det kanske låter som brist på empati, men huvudsakligen handlar det om att det ska bli rätt först och främst.

Det sista citatet kanske kan tolkas som ett uttryck för spänningen mellan domarrollens olika delar: den tekniska aspekten och den humanistiska. ”Att det ska bli rätt” kan också tolkas på olika sätt – rätt enligt rättsreglerna, eller rätt som i ”rättvist”. En del skulle kanske säga att det är samma sak.

[IP 12]: Det bästa med att vara domare är att man inte är någons uppdragstagare. Om du är advokat, ska du driva folks ärenden, varav en del är hopplösa; fall som advokaten i grund och botten inte tror på men som man inte kan säga nej till. I partsuppdraget ligger hur som helst att ta instruktioner. Som domare kan man tycka att delar av systemet är mindre smart, men det är inget problem: man följer det normbundna beslutsfattandet på ett balanserat och lidelsefritt sätt. Det ligger en väldig integritet i den dömande verksamheten. Domare behöver inte ha hemliga telefonnummer som åklagare har. Parterna uppfattar att domare gör sitt jobb och man är inte någons fiende. Man blir behandlad med respekt och det är trevligt.

Domaren i det sista citatet ovan ger uttryck för en uppfattning som återkommer i undersökningen, nämligen att status eller respekt är viktigare än pengar.

Sammanfattningsvis ger de intervjuade uttryck för att domaryrket lockar med sin kombination av självständighet och en känsla av att göra något meningsfullt. De intervjuade menar också att de får ägna sig åt vad de verkligen vill, nämligen att avgöra mål och ärenden och att domaryrket ger den bästa möjligheten att få ägna sig åt renodlad juridik istället för att vara uppdragstagare. I det här avseendet är svaren från samtliga intervjuade väldigt samstämmiga och det är i princip samma faktorer som räknas upp av alla re-

spondenter. Friheten och självständigheten i yrket framstår som helt avgörande för de intervjuade.

Ganska många respondenter menar också att det är tillfredsställande att få skipa rättvisa, och ett par av dem använder spontant just det uttrycket. För en del verkar alltså rättspatos vara en drivande kraft.

Några menar också att arbetsvillkoren är bra, såtillvida att arbetstiderna är någorlunda rimliga och att det kan kompensera för den lägre lönen jämfört med privat sektor. Det handlar knappast om lättja – flit är, som vi skall se, en uppskattad domardyd – utan snarare en reaktion på vad man uppfattar som orimliga arbetsförhållanden på advokatbyråer.

7.4 Tema 2: Domarideal

Detta tema tar sikte på vilka egenskaper de intervjuade ser som önskvärda hos domare, och i någon mån vilka egenskaper som kan vara olämpliga. Även i denna del är svaren relativt samstämmiga. Nästan genomgående värdesätts empati, gott omdöme och människokänedom högre än juridisk sakkunskap. Men juridiska kunskaper anses också synnerligen viktiga. Idealen stämmer ganska väl överens med de som uttrycks av Högskoleverket och TFN. Uttalandena vittnar också om att den dömande verksamheten inte betraktas som mekanisk utan som mycket kvalificerad.

Andra återkommande egenskaper är integritet, som samtliga intervjuade nämner, och opartiskhet. Färre nämner oförvitlighet:

[IP 17]: Domare måste egentligen vara oförvitliga. Oavsättligheten är viktig, men en person som begår brott bör inte få stanna kvar som domare.

Andra egenskaper eller dygder som flera tar upp är att domaren bör vara öppen och nyfiken, vilket framgår tydligt av följande två intervjuцитat:

[IP 13]: Du måste ha en vidsynt och tolerant människosyn, och vara beredd att lära nytt om andra kulturer och mer ovanliga livsstilar. Man måste ha klart för sig varför förvaltningsdomstolarna finns: vi är till för att vara de enskilda medborgarnas värn mot myndigheter som kanske tillämpar lagstiftningen på ett inskränkt och felaktigt sätt. Illojal maktutövning, *détournement du pouvoir*, förekommer ju faktiskt bland myndigheter som vi kommer i kontakt med. Det är en viktig egenskap hos domare att kunna urskilja när det har skett. Vi är till för att medborgarna ska kunna få rätt. Man måste också ha en positiv människosyn och respekt för folk. I många socialbidragsmål upplever man till exempel att man har hört samma historia tusen gånger förr, exempelvis är det vanligt att plånboken försvinner samma dag som socialbidraget betalats ut, eller i skattemål att

bokföringen försvunnit. Men i något fall kan det ju faktiskt vara sant. Man får absolut inte bli cyniker. Klarar man inte det, är man olämplig som domare.

OS: Vilka ideal förmedlades till notarierna?

[IP 6]: Det var ingen som satte sig och pratade om det, man fick absorbera värderingarna medan man befann sig i den miljön. En sak som var klar var att det förväntades ett stort mått av integritet. Man kan aldrig skjuta från höften utan ordentlig motivering krävdes. Det är ett stort ansvarstagande och man måste kunna förutse konsekvenserna av vad man gör.

Att man förväntas absorbera de professionella värderingarna och omdömet efter hand, som IP 6 framhåller, är typiskt för inskolningen i professionella yrken. Det är en sorts ”tyst kunskap” som ”lärlingen” förväntas ta till sig efter hand som han eller hon blir mer förfaren i yrket.⁵⁹⁵

Det är ingen tvekan om vilken dygd som är den främsta:

[IP 6]: Integritet är begreppet som återkommer. Man får inte ta några ovidkommande hänsyn, alla måste behandlas lika. Man måste hänga med i samhällsutvecklingen, men inte låta sig påverkas av tillfälliga strömningar. Man måste också vara bra på att kommunicera utåt varför man gör det man gör. Det är viktigt för förtroendet, men domstolarna är inte särskilt bra på det idag. Man måste våga fatta obekväma beslut, och man måste våga fria den där våldtäktsmannen som hela hopen utanför domstolen står och skriker om skall fällas. Men då vill det ju till att man kan förklara också. Tydliga domskäl och annat...

Trots att integritet i intervjuerna framstår som den kanske viktigaste domarygden, finns det flera som menar att de stött på kolleger med sämre integritet än vad som kan begäras:

[IP 12]: Jag har både träffat rejält självständiga domare – inte minst under tiden på tingsrätten och kammarrätten i Göteborg – men också motsatsen; följsamma typer som ringer upp sin före detta kollega på departementet och hör efter ”hur var det nu egentligen vi tänkte om den här lagstiftningen”...

⁵⁹⁵ Se kap. 6.

Ingen av de intervjuade anger att de själva har förfarit på ovanstående ”följsamma” sätt. Man kan emellertid notera att det i en svensk kontext framstår som ganska enkelt att ringa upp sin ”för detta kollega på departementet” av den enkla anledningen att många domare har tjänstgjort i regeringskansliet. Detta kan i sin tur få återverkningar på frågan om judiciell självständighet, vilket jag återkommer till i kapitel 8.

Det är vanligt i diskussionen om ideal att respondenterna resonerar kring en avvägning mellan juridisk sakkunskap och det goda omdömet. Hur man ser på denna avvägning är för övrigt en central del av den professionella självuppfattningen, vilket exemplifieras av följande två uttalanden:

[IP 8]: Ett grundkrav är att man kan rättsreglerna, eller i vart fall kan skaffa sig en bra bild av rättsreglerna. En annan sak jag tror är viktig är empati eller inlevelseförmåga. Inte en tillkämpad gemenhet i processituationen, många domare kan vara nog så strama utan att fördens skull sakna empati eller förmåga att läsa av en människa eller en situation. Man måste ha respekt för parterna och är engagerad. Man bör också rätta totala dumheter på ett tidigt stadium och styra in processen på det som frågan gäller. Visst måste parterna få prata om det de tycker är viktigt, men för mycket slöseri med tid på oväsentligheter gynnar varken parterna eller domstolen.

[IP 17]: Det är också mycket viktigt med ett gediget juridiskt kunnande, men speciellt som underrättsdomare är det viktigare med gott omdöme och klokskap än att ha den där briljanta juridiska skickligheten. Den juridiska briljansen har du kanske nytta av en gång på hundra, medan det goda omdömet och förmågan att bemöta människor på ett bra sätt är något som du har nytta av så gott som varje dag.⁵⁹⁶

Men det är inte självklart att idealen slår igenom i verkligheten:

[IP 18]: Skickligheten, det som ibland kallas för kuf-faktorn, väger fortfarande tyngst i meritvärderingen.

En äldre pensionerad domare kopplar ihop människokännedom, och ett allmänt humanistiskt förhållningssätt, med hur man agerar gentemot den så kallade rättssökande allmänheten:

OS: Tror du att du kan utveckla det här med människokännedom lite grann?

⁵⁹⁶ Jfr K-G Ekeberg 2008 s 116.

[IP 11]: Uppsalatiden var oerhört värdefull. Det var väl det som la grunden. Och sen också min anknytning till idrottsrörelsen. De flesta där var ju vanliga jobbare. Och rätt så ambitiösa allmänna intressen, man gick på föredrag, det var diskussioner... det var en intellektuellt levande miljö. De här resonemangen vi hade på kvällarna, de rörde ju livsfrågor. Om man sen ska gå över på domarrollen så tycker jag att när man sitter som domare så är det väldigt viktigt att de som kommer dit och ska höras får tala ut. Det kanske är enda gången de får göra det... domarna var ju väldigt olika [härvidlag]... men jag tror det var lättare för dem även om domen gick emot dem, att ”jag fick ju ändå säga vad jag ville ha sagt”... Och likadant som på alla arbetsplatser, kan man säga att det är väldigt viktigt med en avspänd atmosfär i en kollegial domstol, både när det gäller domarna och den övriga personalen. Det är då man får det bästa resultatet.

Hos andra kan man ana en antydning om att effektiviteten inte får glömmas bort. Det är emellertid inte givet att domarprofessionens uppfattning om effektivitet är densamma som exempelvis Domstolsverkets.⁵⁹⁷ I följande citat använder den intervjuade uttrycket ”sättas i produktion”, men betonar också kunskapens betydelse för professionaliteten, liksom förmågan att inte fastna i gammamodiga former för formens skull.

[IP 14]: Vilka ideal man vill framhålla beror på perspektiv. När vi rekryterar vill vi ha någon som har erfarenhet och kan sättas i produktion omedelbart, som är stresstålig och kunnig. Sen måste domare vara lidelsefria, man kan inte driva sina egna race. Andra lidelser kan vara OK, t.ex. att det ska bli rätt. Men de egna agendorna måste hållas tillbaka. Det kan vara ett problem med att rekrytera vissa akademiker. Domaren skall dessutom vara flexibel och utan later, inte rigid i sin syn på andra människor, en god lyssnare och en god talare såtillvida att man kan prata med folk på ett choséfritt sätt. Man måste kunna snacka med folk, utan att fördensku ge avkall på opartiskhet och auktoritet. Auktoriteten sitter inte i ett högdraget beteende eller användande av titulatur. En domare måste vara intresserad av vad som händer i samhället och i juridiken.

Ovanstående citat kan man kanske ta som exempel på att det också kan finnas faror i en kollegial miljö, till exempel att personer som avviker uppfattas som ett hot. Att ”passa in” verkar vara en viktig egenskap för den intervjuade. Många arbetsplatser kan säkert upplevas som konformistiska, men i en domstol verkar det inte rimligt att önskemålet att passa in skulle vara överordnat andra ideal, exempelvis att det måste bli rätt. Den enskilda domaren

⁵⁹⁷ Se kap. 6.

måste integritet och moraliskt mod att våga avvika när det är nödvändigt – det är ju en av de viktigaste innebörderna av judiciell självständighet!⁵⁹⁸

Bara ett fåtal diskuterar frågan om yrkesrollen även medför krav på domarens privata leverne. Här finns knepiga frågor att ta ställning till.

[IP 17]: Det är ju också viktigt att man pratar om på domarutbildningen vad den här rollen innebär, hur man beter sig i rättssalen men även i andra offentliga miljöer, också på fritiden. Andra frågor kan också dyka upp, särskilt på mindre orter – kan man till exempel äta middag hos åklagaren som just åtalat i ett mål som man har dömt i? Vi tror oss om att kunna skilja på de olika rollerna, och det kan vi nog också rent sakligt, men hur ser det ut utifrån? Vissa domare vill ju inte vara med i ordenssällskap för att det är en särskild sorts camaraderie, som inte är förenlig med domarrollen.

Sammanfattningsvis är det svårt att urskilja några stora diskrepanser mellan olika ideal hos de intervjuade. I någon mån prioriterar man olika, men i stort sett är man överens om att integritet, empati, människokänedom, goda juridiska kunskaper, effektivitet och noggrannhet är de centrala dygderna, kombinerat med flit och arbetsamhet. Möjligen har jag noterat en viss ovilja eller ovana hos de intervjuade rådmännen på tingsrätt att tala om mer principiella frågor; jag upplever att de intervjuade i viss mån värjer sig mot att ta vad de uppfattar som för stora begrepp i sin mun och vill ibland betona den vardagliga rutinmässigheten i verksamheten. Uttryck i stil med ”det är en i många stycken mekanisk verksamhet” förmedlar en bild av att rättstillämpning egentligen är en ganska okomplicerad verksamhet, och dessa domare vill helst inte kännas vid den värderande delen av verksamheten. Men det är som sagt bara fråga om ett par stycken i den intervjuade gruppen.

Den absoluta majoriteten förmedlar en bild av en yrkesgrupp med höga ideal och mycket höga krav på sig själva och kollegerna. Beredvilligheten att resonera i principiella termer var kanske också större än jag hade väntat mig. De flesta beskriver ett domarideal som visserligen ligger nära den vanliga statstjänstemannens, men det finns också en medvetenhet om domaryrkets särart.

⁵⁹⁸ Jfr M Leijonhufvud 2008 s 233 och Strömberg i SvJT 2004 s 312.

7.5 Tema 3: Domarrollen

7.5.1 *Domarens uppdrag och uppgift*

Det är inte alldeles enkelt att skilja på ”domaridealen” i tema 2 och ”domarrollen” i detta avsnitt. Möjligen finns det en skiljelinje mellan ideal och verklighet och att detta avsnitt främst bör ses som ett försök att titta närmare på den senare.

I detta avsnitt har frågorna kretsat kring vem domaren har som uppdragsgivare, alltså vem det är man arbetar för. Svaret på den frågan kan vara avgörande för hur man ser på domaryrket som profession och är intimt sammanlänkat med frågorna om judiciellt oberoende och professionens plats i den moderna svenska rättsstaten.

Det första citatet är ganska representativt för respondenternas allmänna syn på domarens uppgift:

[IP 5]: Domarrollen är en väldigt viktig samhällsfunktion. Att det finns ett fungerande rättsväsende som allmänheten har förtroende för. Hela det demokratiska och rättsliga systemet bygger ju på det, samtidigt som man verkligen måste våga ta obekväma beslut och ha hög integritet och inte låta sig påverkas av tillfälliga strömningar.

De flesta domarna anser sig i större eller mindre utsträckning vara statens företrädare.⁵⁹⁹ Innebörden av detta kan emellertid variera. En rådman uttrycker sig möjligen lite drastiskt:

[IP 8]: Visst är jag en företrädare för det allmänna, särskilt i straffprocessen. Där ingår ju domstolarna i det repressiva systemet. Men domstolen är också en oberoende instans här. Vi har ju övergivit den inkvisitoriska modellen till förmån för den akusatoriska. Vi är inte en del i samhällets straffande intresse. Från ax till limpa är domstolarna en del i den repressiva apparaten, eller i rättskedjan om man så vill. Det är inget att skämmas för, det måste vara så. Men domstolen kanske ska vara den svagaste länken i kedjan. Vi ska liksom kontrollera att bygget håller.⁶⁰⁰

En fråga som kan ha betydelse för hur domstolarna handlägger mål och för attityden till den rättssökande allmänheten är i vilken mån domarna identifierar sig med statsapparaten i stort och dess uppgift. Detta gäller särskilt för

⁵⁹⁹ Rent faktiskt är ju domarna anställda av staten och är i det avseendet statliga tjänstemän. Det behöver emellertid inte med nödvändighet innebära att man identifierar sig med statsmakten eller med statens intressen. Det är inte heller givet att domarna skall vara statligt anställda, vilket svensk rättshistoria visar.

⁶⁰⁰ Jfr kap. 2 ovan ang. K Tuori och den repressiva rättsordningen.

valtningsdomstolarna, som ju har att avgöra en mängd tvister mellan enskilda och det allmänna.

OS: Stämmer det att förvaltningsdomare ofta identifierar sig med ett myndighetsperspektiv?

[IP 4]: Ja det kan stämma i vissa fall. Vissa domare är kända för att sällan döma till den enskildes fördel i skattemål. Men jag tror inte det påverkar rättssäkerheten i någon större omfattning; det är svårt att säga om det blir fel domslut på grund av det. Men man måste ha som utgångspunkt att svenska myndigheter normalt arbetar korrekt och vet vad de håller på med. Domstolen är mer en kontrollinstans. Men myndighetens ord väger tungt, även om man måste se det kritiskt. Man får inte göra det för lätt för sig.

Det är svårt att komma ifrån att domarna rent administrativt är statsanställda.

[IP 9]: Uppdragsgivaren är väl rent allmänt arbetsgivaren i form av domstolsverket, som har legitima krav på att jag ska göra mitt jobb. Jag kan ju inte sitta och säga att jag är självständig domare och välja att inte arbeta. Sen finns det väl en annan uppdragsgivare på ett mer diffust plan, man kan prata om grundlagen eller samhällskontraktet, eller medborgarna... men det var länge sen jag höll på med rättsfilosofi och sånt.

7.5.2 *Domarens självbild*

En viktig fråga för den som vill bedöma en yrkesgrupps professionsstatus är hur medlemmarna i yrkesgruppen betraktar sin egen verksamhet, hur de vill bli betraktade och hur de tror att andra betraktar dem. Därför har jag frågat respondenterna om hur de ser på sig själva och hur de tror att kolleger ser på yrket.

Ett justitieråd påpekar att domstolar och domare spelade en undanskymd roll i det svenska välfärdsstatsprojektet, om inte faktiskt, så åtminstone retoriskt. I berättelsen om den svenska välfärdsstaten är en av grundkomponenterna att staten är god och välvillig, och då finns inte utrymme för, eller behov av, några domstolar till skydd för enskilda medborgare gentemot staten. I det socialdemokratiska Sverige var nog domstolarnas huvuduppgift att förverkliga politiken på det rättsliga planet. Samtidigt har inställningen till domarkåren varit ambivalent. Domarna har som statstjänstemän varit till stor nytta för den sociala ingenjörskonsten, men har samtidigt betraktats med misstro:

[IP 17]: Det finns en misstänksamhet i Sverige mot domare som en typ av elitpersoner; de går inte att styra på samma sätt som andra. Och de finns inte med i ”det goda samhället”-paketet. Det borde man ju egentligen se som en tillgång i statens tjänst – och rent faktiskt gör man väl det, eftersom personer på domarbanan utnyttjas i så stor utsträckning som faktiskt sker. Men även som garantier för den enskilde.

Den intervjuade poängterar att det är svårt att styra domare, och just detta är ett kännetecknande drag för professionella.

En ung domare i början av karriären sammanfattar hur svenska domare betraktar sig själva:

[IP 6]: Den svenska domarens självbild är lik statstjänstemannens. I en del andra länder kan det vara en väldigt tung post med en stor personlig auktoritet och en stor stab av medarbetare. Svenska domare ser sig mer som hantverkare, att om man följer vissa modeller så kan man hitta lösningen. Jag tror det är bra att det inte är för mycket personkult kring domaren, det kan lätt urarta i hybris. Då är man också mer benägen för korruption, tror jag. Men man ska inte lura sig själv att man bara sitter och knypplar och inte har något personligt ansvar. Man utnyttjar ju tolkningsutrymmet och lägger in sina egna personliga värderingar, det är helt oundvikligt att det är så. Men jag föredrar, kanske av naturliga skäl, den tradition som jag tillhör. Man blir kanske lite mer ödmjuk inför sin uppgift då.

Att ”den svenska domarens självbild är mer lik statstjänstemannens” behöver inte innebära att man i huvudsak ser sig som vilken förvaltningstjänsteman som helst, bara att svenska domare ligger närmare den typmodellen än sina utländska kolleger. Sannolikt passar det svenska domaridealet in väl på den svenska samhällsmodellen och kanske på vad man skulle kunna kalla svensk mentalitet. Kanske kan det sammanfattas så här kärnfullt:

[IP 8]: Svenska domare vill nog spela Gud Fader i ganska liten utsträckning, och det är ganska skönt.

En annan intervjuperson menar att svenska domare har dåligt självförtroende jämfört med en del utländska kolleger. En förändring verkar ändå ha ägt rum under de senaste decennierna:

[IP 17]: Det finns ett sorts dåligt självförtroende hos domare i Sverige, och att domstolarna i Sverige inte har en så synlig och utpekad roll. Det är påfallande så att om man pratar med domare i Norge eller Danmark, så har de ett annat självklart självförtroende i sin domarroll. Vissa säger att det beror på att man i Sverige gjort domstolarna till förvaltningsmyndigheter som andra. Och så har vi inte grundlagen i ryggmärken heller. Det kan förklara en lägre profil hos oss. Men det är en mycket öppnare

diskussion numera om de här frågorna än för 20-30 år sedan.

Samma intervjuperson framhåller att bilden av ”den goda staten” hänger kvar i Sverige.

[IP 17]: Domstolarna står för det bestående och därmed också i någon mening för det konservativa. Det kan väl förklara en misstänksamhet från socialdemokraternas sida. Det finns ju två poler här: den svenska synen, med domaren som sitter i en lite skum maktposition och potentiellt kan besluta saker i strid med de folkvalda politikernas vilja, och den syn som exempelvis Europakonventionen ger uttryck för, med domaren som ett skydd för den lilla människan gentemot en maktfullkomlig överhet. Men i Sverige har vi bilden av den goda staten som hänger kvar. Folkviljan är god per definition. För personer från andra kulturer kan det framstå som fullständigt absurt, för det är självklart att staten och myndigheterna är emot mig.

7.5.3 *Värderingar och skönsmåssiga bedömningar*

Ett av syftena med den här undersökningen är att belysa domaryrkets värderingsmåssiga sidor. I svensk rättstradition finns en realistisk-positivistisk ådra som fränkänner juridiken värderingar och subjektiva inslag.⁶⁰¹ I äldre fransk rättspositivism finns uttrycket ”la bouche de la loi”, alltså att domaren är lagens mun. Men det menades att domaren bara hade att sammanfatta omständigheterna i ett fall, föra in dem under den relevanta rättsregeln, och mata ut ett resultat.⁶⁰² En sådan domare kan man kalla för en subsumptionsautomat. Möjligen hade man i denna rättstradition en överdrivet optimistisk inställning till rättsreglernas förmåga att täcka in alla tänkbara situationer som skulle kunna uppstå.

I svensk tradition finns också ett element av domaren som lagens mun och förnekelse av värderingarnas plats i juridiken. Svensk domaridentitet, och kanske juristidentitet i allmänhet, bygger mycket på ett betonande av det juridiska hantverkets betydelse. Inslaget av hantverk är ofta en viktig komponent i en klassisk profession, tillsammans med teoretisk kunskap. Emellertid, menar jag, måste inslaget av värderande beslutsfattande också tillmätas betydelse, eftersom det är det som garanterar den professionelles unicitet. Han eller hon är inte utbytbar. Det subjektiva inslaget kan heller inte läras ut, utan måste tillägnas genom erfarenhet, kanske med början i ett

⁶⁰¹ Se kap. 2 och 3 ovan.

⁶⁰² Tills helt nyligen var också franska domskäl utformade på så sätt att det skulle se ut som om domstolen bara tillämpade rättsregler som fastställts av lagstiftaren, och man gick ganska långt för att upprätthålla den fiktionen. Prejudikat återopades exempelvis aldrig.

lärlingssystem som den svenska domarbanan. Därför är dömandets värderande inslag viktigt att belysa i en undersökning som denna.⁶⁰³

Allmänt sett är de flesta domare medvetna om yrkets subjektiva delar. Följande citat är ganska representativt:

[IP 18]: Det finns många olika karaktärer i domarkåren. Det finns ju de som menar att man har uppgiften att upprätthålla lag och man har inga åsikter. Men då gör man det för enkelt för sig, för vi har ju alla åsikter. Visst ska vi upprätthålla lagen, men med det utrymme för eget skön som ändå finns.

En svårare fråga är hur man faktiskt hanterar de subjektiva elementen i rättstillämpningen. Här finns sällan någon vägledning. När det gäller att värdera rimlighet får domaren i allmänhet gå till sina egna djup, men med viss vägledning av den svenska teleologiska traditionen:

[IP 6]: Rimlighetsöverbäganden börjar ofta med någon sorts teleologiskt resonemang. Det kan hända att man känner att ett visst resultat helt enkelt inte känns rimligt, att det inte kan vara meningen att det ska bli ett sådant slut... men ibland får livserfarenheten spela in, och i slutändan en sorts moral. Men det var sällan man utvecklade det. Det var mer av typen att "enligt förarbetena borde vi kanske göra så här, men det blir inte rimligt och tänk på vad som skulle hända i förlängningen...", den typen av resonemang. Men det är väldigt svårt att skriva domskäl i sådana frågor, särskilt i kollegiala domstolar. [...] Man använder verkligen inte termer som moral och annat, vi är nog väldigt rädda för det i svensk rättstradition. Det skulle ge ett väldigt rättsosäkert intryck att använda den typen av termer, det ger ett godtyckligt intryck även om man skulle ha klara resonemang.

OS: Händer det att man försöker klä moraliska resonemang i rättsliga termer?

[IP 6]: Svår fråga. Ja, det har väl hänt att man har tagit sin utgångspunkt i att ett visst resultat är orimligt, men att man sedan försökt formulera det i mer traditionellt rättsliga termer.

Bevisvärderingsfrågor konfronteras domare med dagligen, men här finns ännu mindre hjälp att hämta i rättsreglerna. Detta tvingar domaren att använda sitt professionella omdöme istället. Jag väljer att illustrera detta med följande två intervjuцитat.

⁶⁰³ Se även kap. 3 ovan ang. det professionella omdömet.

[IP 3]: Vi får väldigt lite vägledning i att bedöma trovärdighetsfrågor, exempelvis avseende vittnen. Det var en fiskalskurs med någon vittnespsykolog, men man räknar nog med att det där ska komma med erfarenhet. Viss juridisk vägledning finns det ju i form av rättsfall. Till exempel att det ska vara en sammanhängande berättelse, att man inte ändrar sina uppgifter hela tiden; men det kan ju finnas goda skäl för ändrade uppgifter - till exempel att man var förvirrad i det första polisförhøret. Men man måste acceptera att man inte kan teoretisera för mycket om sånt här, till slut kommer man till en punkt där man känner om det är rätt eller inte, kan jag förstå den här personen... det blir en bedömning som faller tillbaka på den rätten som sitter där.

[IP 10]: När det gäller bedömning av trovärdighetsfrågor får man inte mycket vägledning av rättsregler eller juridisk teori. Den store gurun Ekelöf lär någon gång ha sagt att ”man ser väl om vittnet ljugar”. Så där finns ett stort mått av skön och sunt förnuft. Erfarenheten är nog den bästa läraren. Tvistemål är lättare eftersom det finns bevisvärderingsregler där, jämfört med brottmålen enda norm om att den åtalades skuld skall vara ställd utom varje rimligt tvivel. Det är svårt att ta på, och det är svårt att uttrycka i domskäl. Det kan vara otillfredsställande.

Den mest teoretiska reflektionen kring värderingar, rättsregler och principer kommer från en rådman:

[IP 8]: Etik och värderingar är något som vi domare sinsemellan har pratat ganska lite om, exempelvis på domarsammankomster av olika slag. En del anser nog att det är irrelevant flumprat, men det håller inte jag med om. Vi får inte vara för rädda för att verka principiella. I Sverige finns det väl en tradition av att såna som börjar resonera i principiella termer, eller europakonventionstermer, avfärdas med ett ”äh, det där står ju inte i rättegångsbalken”. Det har blivit ett lite löjets skimmer som skulle behöva tas bort. Sverige har en svag tradition när det gäller internationella överenskommelser med juridiskt bindande kraft, och även en svag rättsskältradition på rättsfall. Vi har inte behövt ägna oss åt lika avancerad tolkning, eftersom vi har haft förarbeten som vi läst ungefär som lagtext – och vi är skolade att göra så. I mångt och mycket är det en ganska mekanisk verksamhet. [...] Den svenska domaren kan inte gå rakt emot lagtext bara för att det verkar lämpligt i ett enskilt fall. Spelrummet är mindre än för en del utländska kolleger, föreställer jag mig. I alla fall det intellektuella spelrummet. Det rättsliga spelrummet testas vi nog rätt sällan. Det är möjligt att man även enligt svensk normhierarki idag skulle kunna göra en del tolkningar som är så extensiva att de ligger i stort sett utanför det språkliga betydelseområdet, om det är bäst i samklang med ett skyddsvärt intresse. Visst händer det ibland att man råkar ut för situationer med otillfredsställande lagstiftning, men där känner sig nog den svenska domaren ganska ofri. En annan kultur kanske skulle ha

en gammal klok salomonisk samhällsmedborgare som får hitta på en lösning istället.

Ovanstående citat visar på rättskulturens betydelse och de spänningar som kan komma till uttryck vid mötet med en ny rättskultur, i det här fallet Europakonventionen eller något mer diffust ”europeiskt”. Flera andra domare anser att det finns en viss trötthet på Europakonventionen och förklarar det med att den åberopas slentrianmässigt av många juridiska ombud, samt satt rättshaverister har en tendens att åberopa konventionen som patentlösning i en mängd sammanhang. Men Europakonventionen, liksom EG-rätten, innebär också att domarna måste hantera en ny och mycket omfattande normmassa som inte låter sig behandlas som klassisk svensk lagstiftning som har utförliga förarbeten och till vilken utbildning och metodlära är anpassad. Europarättens inträde innebär inget mindre än tillägnelsen av en ny rättskultur, en sedimentationsprocess som kommer att ta tid, för att tala med Tuori.⁶⁰⁴

7.5.4 Skillnader tid och rum

Syftet med detta avsnitt är att undersöka om det finns skillnader i domstolskultur över tid som de intervjuade har noterat. På samma sätt som ideal och verklighet kan förändras över tid, kan det också finnas regionala variationer i domstolskultur.

Återigen får vår unga assessor från regeringskansliet stå för den sammanfattande kommentaren, denna gång om eventuella generationsskillnader i domarkåren:

[IP 6]: Gemensamt för alla domargenerationer är kraven på integritet och objektivitet, däri ligger ju hela stoltheten i yrket.

Vad beträffar regionala variationer, yttrade en hög domare följande:

[IP 18]: Det finns helt klart regionala skillnader i domstolskultur. Skåne-regionen är ett kapitel för sig: de vet bäst och kan allt. I Göteborg är man pragmatisk och försöker hitta lösningar, man har kontakter mellan domstol och parter på ett informellt sätt utan att rättssäkerheten äventyras. På ett helt annat sätt är man formalistisk här uppe i Stockholmsregionen. En lite annan ton här också, advokater ifrågasätter på ett annat sätt, och det är lite hårdare och snorkigare. Norrland är också speciellt, på ett vänligt och trevligt sätt.

⁶⁰⁴ Se ovan kap. 2.

Ovanstående intervjuperson ger uttryck för att det faktiskt föreligger regionala variationer i domstolskultur. Ett samtal med en pensionerad hovrättsdomare från Göteborg hade följande inslag på samma tema. Det återges i sin helhet, eftersom det innehåller flera element som är svåra att bryta loss från varandra:

[IP 11]: För domarrollens vidkommande... i början var det viktigt att göra rätt och det passade en noggrann person som mig själv, men med tid och erfarenhet blev man en bättre domare och vågade kanske döma lite mer med hjärtat. Jag har ofta tyckt att det blir för mycket schabloner i rättsväsendet. Först så säger man att alla ska ha ovillkorliga straff och så går det på löpande band. Jag menar att man ska döma *in medias res*, det är ju själva poängen med en individuell prövning, annars kan de ju ersätta oss med datorer. Sen har man i och för sig konstaterat att praxis kan vara olika i olika landsdelar och det är ju inte bra.

OS: Ja just det ja, det har jag läst någonstans att det gjordes en undersökning som visade att det delvis är strängare praxis i Västsverige.

[IP 11]: Ja. Överhuvudtaget när det gäller straffmätning... men det kanske är rätt [praxis]? Sen har vi ju göteborgskravallerna, där sänkte de ju påtagligt i HD, men de hade ju inte själva upplevt hur det var här då...

OS: Ja, där tänker jag mig att domstolarna i Göteborg blev påverkade av det som hände och tog in annat i sin bedömning än bara det som ägde rum i rättssalen. Hur ser du på det?

[IP 11]: Ja, det kan ligga något i det, men inte mycket. Man lär sig i domaryket att inte bli påverkad. Att tro att skickliga advokater talar omkull en, det är bara dumheter. Faktum är att ju bättre advokaten är, desto lättare är det att vara domare. Under förutsättning att de serverar då... sen har det väl kanske varit lite av göteborgsanda här, det efterlyses kanske av domare lite mer kurage ibland... det är en helt annan anda i Stockholm.

OS: Vadå, att advokaterna har en lägre position där, eller...?⁶⁰⁵

[IP 11]: Nej, nej, tvärtom, tvärtom.

OS: Du har ju mest tjänstgjort i Göteborg, finns det andra sådana här mentalitetsskillnader som du har reflekterat över?

[IP 11]: Nej, det kan jag inte uttala mig om. [...] Det är klart att på ett allmänt plan är det en öppnare stämning här och man vågar bjuda mer

⁶⁰⁵ Frågan föranleddes av en tidigare diskussion om staden Göteborgs traditioner som handelsstad och om det medförde att advokatycket ansågs finare där jämfört med offentlig tjänst, exempelvis som domare.

på sig själv, men det kan ju gå till överdrift också. Det kan bli lite för mycket hejsan ibland. Jag var för övrigt en av de sista som höll på ”ni” i rättssalen. Jag tyckte kommunikationen blev bättre då.

OS: Upplever du att kommunikationen i rättssalen, under förhandlingar och så, har informaliserats mycket under din verksamma tid?

[IP 11]: Ja, det kan jag nog säga. Samtidigt kan jag tycka att det finns en tendens till att domare blivit alltmer passiva. Det måste vara så i viss mån, men det får inte gå till överdrift. Vissa sitter bara och lyssnar, men jag har beundrat dem som i tvistemål, efter sakframställningen, samman-

tion som finns i resten av Europa; det går inte att sätta fingret på riktigt, kanske att man är mer medveten om att det finns ett spann i tolkningen och att man måste ta sitt ansvar och använda det. En del äldre domare pratar om sitt jobb som om de bara satt och tillämpade redan färdig rätt, man letar bara rätt på det rätta förarbetsuttalanden och stoppar in det i hålet så är det klart, lite som en subsumtionsautomat. Möjligen är de yngre domarna mer öppna för domarrollens subjektiva sidor.

[IP 13]: Jag tror man har självständigheten i ryggmärgen mycket mer nu än för säg femton år sen. Då var det mer det här ämbetsmannaidealet som var förebilden. Idag strävar man mer efter det självständiga idealet. Organisationsförändringarna, rotelsystemets övergivande, har medfört en ny betoning av självständigheten. Domarkåren är mycket mer medveten numera om sin självständighet. Det är uteslutande en positiv utveckling. Vi har det samhälle vi har, och i nuläget finns det kanske inga allvarigare hot mot demokratin och rättordningen, men så behöver det inte alltid vara. Det finns en medvetenhet idag om att grundlag, EG-rätt och EKMR går före den svenska lagstiftarens åtgärder.

Ovanstående två citat stämmer väl överens med tesen att domarrollen förändras i den samtida fragmenterade rättsliga miljön, vilket medför ett ökat ansvar på domaren att stå ensam med sina moraliska val.⁶⁰⁶ Beträffande skillnader mellan äldre och yngre finns det emellertid intervjupersoner som anser att dessa är ganska små:

[IP 12]: Nej, ingen skillnad hos de yngre. Jag kan ibland sakna en helhetskunskap hos de yngre, men studierna på programmet numera är mer inriktade på analys av detaljfrågor. Men det krävs mer av snabba leveranser idag och det är de yngre vanare vid.

Synen på medier och förhållningssättet till den egna maktpositionen är ett par andra faktorer som har förändrats med tiden. Exempelvis illustrerar följande citat att pendeln kan ha svängt både fram och tillbaka när det gäller attityder och förhållningssätt i rättssalen.

[IP 16]: Det finns många i min generation som är skeptiska till detta med mediegrupp på domstolen till exempel, att domstolen bara talar genom sin dom. Men jag menar att så ser inte verkligheten ut, domstolarna har ett eget ansvar för sin trovärdighet och det fungerar inte om vi lever i en annan verklighet än folk i allmänhet. Men det är en balansgång – det får ju inte bli något allmänt kafferepssnackande heller. Där är det en väldig

⁶⁰⁶ T Wilhelmsson 2001, citerad i avsnitt 1.1 ovan.

skillnad jämfört med när jag började i domstol i slutet på 70-talet, då levde 68-mentaliteten fortfarande kvar i stor utsträckning. Alltså det här att man skulle vara lite tjejis med bovarna, liksom "hej och hå Kalle nu får du komma in här så ska vi ha domstol", och sen klippte man till med fängelse efter en stund, och det skar sig ju. Man låtsades vara mysig och sen visade det sig att man inte var det utan att man var den som hade makten. Och det tror jag gäller vår generation, att man vill inte vara makten. De som var äldre insåg nog att de hade tagit på sig en maktröll och kunde vara bekväma med det, men vi ville nog gärna vara lite kompis trots allt. Men många har nog insett nu att man måste ta på sig maktröllen för att det är spelets regler. Man spelar ju en roll i yrket. Man ikläder sig en roll som statens företrädare.

Oväntade samband kan dyka upp, till exempel mellan nedskärningar i domstolsväsendet och förhållandet till medierna.

OS: Då skulle jag vilja gå vidare och fråga hur du upplevde arbetsbelastningen under din verksamma tid som domare, var det förändringar över tid, blev det tyngre...?

[IP 11]: Jo det kan man väl säga, att när jag började ägnade man ibland alltför mycket tid åt småplock, en del av det var visserligen mycket lärorikt men tempot har ju höjts avsevärt... i ett flagrant fall jag hade själv... jag var ordförande... det var en standardfras då att "de och de har hörts och deras berättelser stämmer i huvudsak överens med vad de uppgivit i tingsrätten". Och sen hade en till hörts, och så stod det i domskälen att "vad i övrigt förekommit föranleder inget annat bedömande...". Och så var det en pensionär som var referent i målet, och han orkade inte skriva något mer, och så blev det så där. Och sen ringde en journalist till mig, och jag sa att det står så, och med det tempo som vi har nu så kan vi inte redovisa allt som har förevarit i rätten. Han missuppfattade det och menade att vi hade ägnat för lite tid åt att avgöra själva saken. Det var rätt jobbigt för mig. Sen ska man väl säga rent allmänt här att domarna skulle egentligen ha en pressombudsman. Domarna är generellt för dåliga på att förklara sina domar.

OS: Och du menar att det behövs, eller?

[IP 11]: Ja. En av de få som då och då ha gått ut är ju Bertil Bengtsson.

OS: Det finns ju de som är av den uppfattningen, sen finns det andra som menar att det inte är domarens uppgift att förklara domen för massmedia...

[IP 11]: Tja, en del har kanske inte förmåga att göra det. Men det känns som ett behov för att allmänheten ska förstå en del domar. Jag vet inte om du känner till Lindomefallet? [...] där hade vi ju problemet att bara

den ene hade överklagat och då kunde ju inte den andre fällas, men det går inte att förklara för någon... Men det kunde Bertil Bengtsson, och även i en del skadeståndsfall. En fantastisk man...

Det allmänna förhållningssättet domarna emellan har också undergått förändringar.

OS: Du talade förut om vikten av en avspänd atmosfär i domstolen. Har omständigheterna förändrats därvidlag?

[IP 11]: Ja, det tror jag. En gång var jag med om att ordföranden sade under överläggningen att ”här är det väl ingen som är så dum att han vill ändra på domen”, varpå någon replikerade att ”här får man ha ett oerhört moraliskt mod för att våga avvika”. När man var ny i hovrätten och för första gången skulle vara med i själva dömandet kunde man ju känna pressen från de lite äldre. Men för egen del valde jag alltid min egen väg, även om det var jobbigt ibland. Men jag ville inte kompromissa. Och det tror jag man tjänar på också, man blir nog mer respekterad kanske, istället för om man bara jamsar med.

OS: Men du har aldrig räknat med att det skulle få [negativa] konsekvenser för karriären?

[IP 11]: Nej, det har jag inte...

Det är skillnad på arbetet i olika instanser, vilket följande domare med erfarenhet av alla instanser kan vittna om:

[IP 17]: Det är väldigt annorlunda att jobba i överrätt jämfört med underrätt. Kollegialt dömande är ju lite speciellt. I HD slipper man dessutom beredningen, allt är förberett när man får målet. Sen har man mer tid och får gå mer på djupet. Nackdelen är att det blir mindre kontakten med enskilda. Tyvärr blir det också fler rättshaverister ju högre upp i domstolhierarkin man kommer. En annan sak är att man kan uppskatta det höga tempot i underrätterna, det måste gå undan och det är lite mer action. Å andra sidan kan det bli väldigt mycket av samma sak och det kan vara utmaning att handlägga det tusende rattfyllerimålet eller cykelstölden med bibehållen fräsch attityd.

Slutligen nämner ett par respondenter skillnader i kultur mellan allmänna domstolar och allmänna förvaltningsdomstolar. De kommentarerna går i stort ut på att förvaltningsdomstolarna har en mer avspänd atmosfär och känns mindre hierarkiska, vilket följande citat kan illustrera.

[IP 13]: Jag trivdes bra på kammarrätten. På den tiden var det en betydligt modernare arbetsplats än hovrätten, exempelvis avseende föräldraskap. Det var en positiv anda gentemot de yngre, man tog hand om fiskalerna.

Citatet antyder att det har ägt rum en viss utveckling sedan ”den tiden”.

På det hela taget går det av intervjuцитaten i detta avsnitt att konstatera att det finns skillnader i domar- och domstolskultur, dels med avseende på arbetsklimatet i domstolarna för några decennier sedan jämfört med nu, dels avseende regionala variationer. Yngre domare visar också försiktiga tendenser till rättskulturell påverkan från kontinentaleuropeisk tradition. Den senare tendensen gäller emellertid även en del äldre domare.

7.5.5 *Lojalitetskonflikter och andra svårigheter*

Ett mått på självständighet hos domarna, och kanske också på tillståndet för rättsstaten Sverige, kan vara att undersöka hur ofta domarna stöter på svårigheter i yrkesutövningen. En sådan svårighet kan vara att de gällande rättsreglerna inte stämmer överens med domarens egna etiska eller andra övertygelser. Här finns det ganska olika uppfattningar, men gemensamt för alla är en stark lojalitet med lagstiftningen – det skall till ganska extrema omständigheter för att underlåta att tillämpa gällande rätt enbart av det skälet att domaren anser den oetisk.

[IP 6]: Vissa brottmål. Men där finns väldigt lite latitud också. I narkotikamål kan det bli extremt hårda straff jämfört med exempelvis vad man får om man slår någon halvt ihjäl, och min moral håller inte med om det. Visst har jag känt ibland att jag inte skulle döma på ett visst sätt i vissa mål om jag hade möjlighet att välja mer fritt, men å andra sidan är det viktigt att straffrättskipningen är så enhetlig som möjlig.

En annorlunda, men mindre vanlig inställning, är följande, som ger intryck av att domaren internaliserar rättsreglerna.

[IP 10]: Det vi som domare har att tillämpa är de rättsregler som gäller, vad vi uppfattar vara samhällets norm. När man har kommit fram till normen finns det ingen konflikt längre, oavsett vems intresse som vinner. Det ligger inte i rättssäkerhetens intresse att ha någon sorts individperspektiv, för vi är ju redan genom lagstiftningen ålagda att bevaka enskilda intressen.

[IP 18]: Nej, det har inte hänt ofta att jag hamnat i situationer där lagstiftningen medför ett befängt resultat. Jag tror att vi har ganska bra lagstiftning överlag. Men det är klart att någon gång... Processuella frågor kan bli lite fyrkantiga ibland... Straffvärden... Det enda jag har en bestämd uppfattning om är detta med att döma folk till fängelse för att de vägrar värnplikt. Det känns inte bra, särskilt mot bakgrund av hur få som gör värnplikt.

Man kan tolka de ovanstående utsagorna på två sätt, antingen som att de flesta domare har en osjälvständig och okritisk hållning till lagstiftningen, eller som att lagstiftningen i allmänhet är ganska anständig och att domarna därför tycker att det är rimligt att tillämpa den. Det är också rimligt att tolka in en stark lojalitet med lagstiftningen i domarkåren. Det är dock värt att notera att mer än hälften av de intervjuade har hamnat i situationer där de måste tillämpa lagstiftning i strid med egen övertygelse.

7.6 Tema 4: Domstolarna

Syftet med det sista temat är att utforska domarnas attityder till den egna institutionella miljön. Här har det på senare år skett betydande organisationsförändringar med sammanslagningar av domstolar, övergång från rotelsystem till större avdelningar med mera. Till viss del har sådana reformer ägt rum på politiskt initiativ, men ibland har initiativet tagits av domstolsverket eller enskilda domstolar. Domarna verkar ha en ambivalent hållning till DV. De flesta i intervjustudien verkar anse att verket erbjuder ett bra administrativt stöd och inte överskrider sina befogenheter, medan några yttrar missnöje över vad de betraktar som administrativ klåfingrighet.

I allmänhet brukar de arbetsgrupper som utarbetar omorganisationsplaner och liknande för DV:s räkning bestå av domare, vilket kan tänkas bidra till legitimiteten. Man kan alltså inte jämföra domstolsväsendet med andra verksamheter som har fått utstå att ledarskapet lämnats över till rena managementkonsulter eller liknande; man kan säga att domarprofessionen bibehåller ett signifikant inflytande över sin egen organisation och arbetsmiljö. Till detta kommer att ordinarie domare anställs med fullmakt, vilket kan ses som en sorts legitimering med en stark garanti för oberoende och professionell autonomi.

7.6.1 *Arbetsvillkor*

I denna del har respondenterna fått svara på frågor om sin arbetssituation ur ett arbetstagarperspektiv, det vill säga beträffande sådant som lön och inflytande över det egna arbetet. Särskilt den senare faktorn är viktig professionsteoretiskt, eftersom autonomi brukar betraktas som ett viktigt kriterium i sådana sammanhang och graden av autonomi exempelvis kan mätas genom inflytandet över den egna arbetstiden.

Inte oväntat är frågan om individuell lönesättning av domare den hetaste potatisen i det här sammanhanget. Här skiljer sig åsikterna åt mellan respondenterna. Ingen verkar emellertid förorda en helt individuell lönesättning, utan de som kan tänka sig att frånga tariffsystemet förordar oftast en modell med påslag för olika extrauppgifter.

Argumenten mot individualisering av lönesättningen handlar mestadels om en oro för självständigheten och godtycke från domstolscheferna, men också om att det skulle kunna hota den kollegiala sammanhållningen. Argument för en individualisering brukar gå ut på att arbetsmoralen kan skilja sig åt och att de som arbetar hårdare bör belönas. Ett annat argument är att rekryteringen av domare från advokathåll skulle underlättas. Det argumentet har dock inte framkommit i någon av intervjuerna. Följande fyra intervjuer återger några vanliga ståndpunkter i diskussionen.

[IP 6]: Jag tror inte det är bra med individuell lönesättning, mer än för min personliga ekonomi. Det finns ett legitimt behov av att kunna styra arbetet mer, handläggningstiden kan ju skilja sig åt högst avsevärt mellan olika domare. Så det finns behov av morötter, men det måste gå att lösa på annat sätt. Risken är ju att det bara blir produktionen som räknas, men en domare måste ju kunna döma efter sitt samvete. För självständigheten tror jag inte en helt individuell lönesättning vore bra.

[IP 8]: Jag är i huvudsak negativ till ett system med individuella löner. Man skulle kunna ha en viss flexibilitet inom ett tariffsystem, att man får påslag för vissa extrauppgifter t.ex. Men inte för egen visad skicklighet. Och särskilt inte om det bara handlar om småpengar, det sår bara split; några hundralappar hit eller dit är ju bara löjligt.

[IP 9]: Diskussionen om individuella löner har hamnat på en högtravande nivå. Jag tror inte domarens integritet påverkas av variationer i lönen. Men det kan vara tråkigt för klimatet på arbetsplatsen; på sikt kan det påverka den mycket starka kollegialiteten som de fasta lönerna medför. Men jag tror inte rättssamhället skakas i sina grundvalar av en ändring i lönesystemet.

[IP 17]: Den här tanken på individuella löner är väldigt svår för mig. I grunden tycker jag att lönerna borde vara samma för alla, men som gammal domstolschef vet jag att olika domare presterar väldigt olika. Men man kan ju inte ge folk ackordslön heller. Sen är ju kvalitet mycket svårare att mäta än kvantitet. Så jag känner mig kluven.

En annan fråga som togs upp var arbetstiden. Oreglerad arbetstid gäller för domare och uppskattas för den frihet det medför, även om det kan innebära obetald övertid ganska ofta. Det har tidigare gjorts försök att reglera arbetstiden, och nu är en del domare oroliga för att det håller på att hända igen. Reglering av arbetstiden har gradvis smugit sig in i många offentliga professioner, samtidigt som inflytandet över arbetstiden är en viktig inflytandefråga och i många avseenden anses viktigare än lönen:

[IP 12]: Det är mer att göra nu än förr. Förr kanske det fanns lite luft i almanackorna här och där. Det här är inget jobb man gör för lönen, så det är oklokt av arbetsgivaren att pressa domarna för hårt eftersom det finns andra arbetsmarknader med bättre villkor. Domare i Sverige har traditionellt setts som en resurs exempelvis i olika nämnder, vilket också förutsätts i lagstiftningen. Om man vill fortsätta med det måste också arbetsvillkoren utformas därefter; att begränsa möjligheterna för den typen av bisysslor ligger nog inte i helhetens intresse egentligen. Därför måste det också finnas en viss flexibilitet i arbetstidreglering med mera. Hotet ligger i att det fria sättet på vilket vi har skött vårt arbete är på väg bort. Det blir mer och mer av schemaläggning. Administrationen vill styra arbetsvillkoren mer.

7.6.2 *Institutionella problem och möjligheter*

I detta avsnitt har domarna fått framföra önskemål om eventuella förändringar som de anser skulle förbättra verksamheten. Det är lite spridda skuror. Först ett citat rörande en ganska färsk organisationsreform, som gick ut på att rotlarna byttes ut mot ett system med avdelningar:

[IP 1]: Jag tyckte rotlarna fungerade bättre, då fick man följa ett mål från ax till limpa och man jobbade mer tätt tillsammans. Det nya avdelningssystemet känns lite sådär.

Åsikterna om organisationsreformen varierar. En del domare anger att det är ganska skönt att någon annan tar hand om hans eller hennes mål vid sjukdom eller semester.

En annan synpunkt är att instansordningen borde renodlas ytterligare, så att hovrätterna blir en tydligare överinstans:

[IP 9]: Hovrätten borde vara mer av överprövningsinstans än omprövningsinstans. Hovrättsråd borde vara en befordringstjänst också, istället för att vara jämställd med rådmän. Det skulle också främja rörligheten i domarkåren.

En domare tar upp frågan om en eventuell feminisering av domarkåren på grund av den ökande andelen kvinnor, och kommenterar den på följande vis:

[IP 8]: Fler kvinnor påverkar den interna arbetsmiljön positivt. Anledningen till att det är fler kvinnor på domarbanan är ju att de är duktigare, har bättre betyg osv. Varför skulle det sänka statusen på domaryrket? Ändå finns det en sån diskussion på vissa håll, t.ex. att löneutvecklingen skulle påverkas negativt.

Tidspress och resursbrist diskuteras livligt på sina håll, och en domare ger följande förslag på hur man skulle kunna förenkla och snabba på enkla brottmålsprocesser.

[IP 10]: Resursbristen och tidspressen kommer till uttryck i mer rapsodiska domskäl. I en del enkla brottmål där alla är överens borde man kunna skriva bara domslut, skäl kanske inte alltid är nödvändiga. Mycket av vad som anses vara domskäl är ju tradition. Man kanske skulle kunna begränsa sig till att ge domskäl när parterna begär det.

Resursbristen och det ökande tempot i domstolarnas verksamhet omtalas av flera intervjupersoner. Ett problem är att sådana problem, liksom rationaliseringar, kan ge oförutsedda följder, till exempel att en domare eller annan myndighetsperson inte genom enkla åtgärder hinner förhindra skapandet av en så kallad rättshaverist. Följande två citat kommenterar detta.

[IP 18]: Det är en del av systemet att rättshaverister finns. Strävan måste vara att de inte skapas, för väldigt ofta är de skapade av oss själva för att något gick fel i början t.ex. ett beslut som är obegripligt eller någon beslutsfattare som är otrevlig. Det är viktigt att folk känner att de kommer till tals. Den som känner att den har blivit lyssnad på kan ta ett nederlag eller ett negativt beslut. Av det skälet är det onödigt – och dålig process-ekonomi – att en del beslut är svårbegripliga.

[IP 4]: Vad är ett rättvist avgörande för mig? Ett avgörande i enlighet med gällande lagstiftning och praxis. Det händer att man måste döma emot sin egen övertygelse, men vi är ju satta att tillämpa de gällande reg-

lerna. Där har domstolen en viktig pedagogisk uppgift. Många enskilda förstår inte myndighetsbesluten. Det kan hända att man får samma resultat i domstolen men med en mer pedagogisk förklaring. Det kan ses som dålig processekonomi, men så är det nog ofta. Många myndigheter använder sig av rent maskinella beslut, där skälen är magra. Då är risken större för överklaganden. I begreppet rättvist avgörande ligger alltså även att man får en rimlig förklaring, rimliga skäl. Många domare och tjänstemän på olika myndigheter vill nog gärna arbeta mer medborgarorienterat och komma med bra beslut med begripliga skäl. Tyvärr räcker tiden sällan till för det och det leder till dålig processekonomi totalt sett.

Jag har vidare frågat de flesta respondenterna om hur de ser på nämndemannamedverkan i domstolarna. Frågan är intressant såtillvida att det kan tänkas finnas en spänning mellan det professionella och det lekmannamässiga i domstolarna. En reform på 70-talet som innebar att nämndemän infördes i hovrätter och kammarrätter kan eventuellt tolkas som en åtgärd av deprofessionaliserande karaktär för domarkårens del, eftersom lagstiftaren rimligen föreställde sig att tillskottet av juridiskt utbildade personer i överrätterna skulle bidra till ökad kvalitet i något avseende. Nämndemännens organisationer, liksom domstolsverkets personaltidning, brukar framhålla systemets förträffliga kvaliteter. Men vad anser de professionella domarna, bidrar nämndemännen till verksamheten eller skulle de kunna avskaffas? Svaren är genomgående nyanserade till sin karaktär. Det följande citatet kan ses som representativt.

[IP 17]: Nämndemän är viktiga och en urgammal tradition i Sverige, och de ger en folklig förankring. Men samtidigt tillför de väldigt lite i sak. Ibland kan de ha en pedagogisk funktion för domaren i och med att man måste förklara lagens innehåll och så vidare för nämnden. Och det är sällan jag har haft skiljaktiga nämndemän. Sen är det ett problem att många är så gamla. Alder ger visserligen livserfarenhet och många är kloka, men ibland blir det fel på grund av åldern. Nämnden fyller ett större värde som kollektiv än som enskilda; det är inte rimligt att de har individuell rösträtt. Det kan inte hjälpas att yrkesdomaren har större sakkunskap och analytisk vana. Det äldre systemet var bättre i det avseendet. Och nämndemännen i hovrätt är ju helt onödiga.

Andra domare säger ungefär samma sak, alltså att en del kloka nämndemän kan vara mycket värdefulla och att fler ögon ser mer. Särskilt gäller det bevisningen. Men många menar också att betydligt fler mål än idag borde

kunna avgöras av ensamdomare. Och de flesta tycker att nämndemännen i hovrätt är onödiga.⁶⁰⁷

7.7 Sammanfattning

Det intryck jag har fått under intervjustudiens genomförande är att landets domare är en yrkesgrupp som anser sig vara samvetsgrann, flitig, lojal och noggrann. Det är en elitprofession med starka humanistiska inslag. Det finns fortfarande starka inslag av ämbetsmannaetik på gott och ont – på den positiva sidan får man i detta sammanhang ställa upp en starkt integritet, medan en möjligen överdriven lojalitet gentemot statsmakten kan sättas på den negativa. Utvecklingen går i vissa avseenden mot en domarprofession med starkare självmedvetenhet och självförtroende. Till stor del är detta sannolikt internationaliseringens förtjänst. Sverige har influerats av kontinentala rättstraditioner och välfärdsstatens storhetstid, med dess tro på den starka och goda staten, har om inte vittrat sönder så åtminstone naggats i kanten.

Samtidigt står den svenska domaren än så länge stadigt kvar i svensk rättstradition. Traditionell svensk rättskällehierarki à la Ekelöf står sig ganska väl, och förarbetena är fortfarande viktiga. EG-rätten och Europakonventionen tvingar emellertid svenska domare att arbeta med tolkningsfrågor på ett nytt sätt, eftersom de europeiska rättskällorna i stort saknar förarbeten. Istället måste man förhålla sig till en enorm prejudikatmassa och delvis obekanta rättsprinciper. Det gör domarens verksamhet mindre mekanisk och i flera avseenden mer avancerad, eftersom tolkningsutrymmet ökar. Domstolarnas inflytande ökar också i och med att allt fler frågor kan ställas under rättslig prövning, samtidigt som detta är påfrestande för organisationen.

Yngre domare är, av intervjuerna att döma, lite mer öppna för den dömande verksamhetens subjektiva sidor. Det förefaller mer naturligt för dem att förhålla sig till egna värderingar och dessas inverkan på rättskipningen. Det finns emellertid ingen tendens till att de intervjuade, vare sig yngre eller äldre, skulle vilja anamma ett mer kontinentalt eller anglosaxiskt domarideal i någon större utsträckning. Domaren sitter bekväm i den kostym som den svenska rättstraditionen har sytt upp, även om det kan bli aktuellt med

⁶⁰⁷ Se vidare kap. 5 och 6 ovan angående nämndemän.

mindre ändringar emellanåt. Ingen efterlyser ett mer auktoritärt eller pompöst domarideal för svensk del.

Det är påfallande att respondenterna sätter allmänmänskliga egenskaper högst på listan över önskvärda domaregenskaper. Empati, människokänedom och flexibilitet anses i allmänhet viktigare än juridisk briljans, särskilt beträffande underrättsdomare. Samtidigt är det tydligt att de flesta av domarna uppskattar att yrket ger möjlighet att arbeta med renodlad juridik. Synen på advokatverksamhet som ett alternativ är entydigt negativ.

Svenska domare är lojala mot lagstiftaren, men inte okritiska. De flesta har ställts inför situationer som känts etiskt knepiga eller där lagstiftningens innehåll i ett enskilt fall kan ge orimliga resultat. Många, men inte alla, är i en sådan situation beredda att laga så gott det går efter lägligheten.

Alla de intervjuade domarna var positiva till en större tillvändhet gentemot medier. Flera ansåg också att domskäl, beslut och allmän attityd gentemot andra aktörer och samhället i stort kunde förbättras i olika avseenden, men att arbetsbelastningen på många domstolar inte tillåter det i någon större utsträckning.

8 Plikten framför allt? Domaren som den sista ämbetsmannen

8.1 Rekapitulation

I det föregående har jag i tur och ordning behandlat den svenska domarrollens historia, dess konstitutionella och rättsliga förutsättningar och professionsteori med anknytning till domarrollen. Dessutom har jag presenterat en undersökning av hur ett antal domare ser på sin egen yrkesroll. Syftet har varit att analysera vilka omständigheter som har format den svenska domarens yrkesroll och självuppfattning. Valet av omständigheter att undersöka har vari brett men inte slumpmässigt. Det är min övertygelse att såväl rättsliga som samhälleliga, politiska, historiska och individuella faktorer spelar avgörande roller för hur domaryrket och domarrollen har kommit att te sig i vårt land. Sammantagna uppvisar de en, menar jag, i internationellt perspektiv ovanligt domarroll som kan förklaras av framför allt historiska och politiska egenheter i Sverige. Samtidigt tillhör Sverige den europeiska rättsstatstraditionen med allt vad det innebär av förväntningar på en självständig och förutsebar rättstillämpning som inte sneglar åt önskemål från statens politiska ledning beträffande rättstillämpningens resultat i det enskilda fallet. Detta bäddar för diskrepanser mellan ideal och verklighet för domarrollens del.

I detta sammanfattande kapitel kommer jag att ta upp de olika aspekter jag behandlat i avhandlingen. Det första avsnittet, om en eventuell svag konstitutionell tradition i Sverige, behandlar den svenska domarprofessionen mot bakgrund av den svenska rättskulturens historiska framväxt. I detta avsnitt drar jag slutsatsen att det svenska domstolsväsendet och den svenska domarkåren genom seklerna har präglats av ett praktiskt-juridiskt, pragmatiskt och nyttoinriktat förhållningssätt till sin egen verksamhet, som ännu dominerar. Principiella överväganden kring maktindelning eller domstolarnas konstitutionella funktioner slog inte igenom förrän under sent 1900-tal.

Det följande avsnittet, "Plikt och dygd", sammanfattar resultaten av intervjuundersökningen. Resultaten bekräftar i allt väsentligt bilden av en plikttrogen och pragmatiskt inriktad domarkår, hårt skolad i vikten av for-

mellt korrekt handläggning men ganska försiktig beträffande de värderande inslagen i verksamheten.

8.1.1 En svag konstitutionell tradition?

Det svenska stats- och rättslivet har under 1900-talet och dessförinnan kännetecknats av en relativt svag konstitutionell medvetenhet och tradition. Visserligen har det redan tidigt i svensk historia funnits kungabalkar, ”fundamentallagar” och regeringsform i olika varianter, men de har i huvudsak haft bäring på rikets styrelse och maktfördelningen mellan kungen och riksdagen. Rättsväsendet har från början ansetts vara antingen en lokal angelägenhet eller en funktion under kungamakten (från 1500-talet till 1800-talet ungefär) respektive regeringsmakten (efter 1800-talets mitt).

I svensk konstitutionell tradition har man inte erkänt något behov av en från kungamakten eller riksdagen fristående rättslig instans för att avgöra konstitutionella tvister. Rättsväsendet har inte heller haft rollen av bevakare av undersåtarnas eller medborgarnas rättigheter gentemot kung och riksdag. Sådana frågor har istället omväxlande ansetts tillhöra just konung och riksdag. För kungamaktens del har detta följt av exempelvis § 16 i 1809 års regeringsform och äldre kungabalkar, liksom av den förvaltningsorganisation som in på 1900-talet hade kungen som sista överklagandeinstans – i sig en idealiserad bild av kungen som värnare av rätten och som övervakare av förvaltningsmyndigheternas rättsenliga handlande. Efter demokratins genombrott togs denna roll till stor del över av riksdagen; det demokratiska styrelseskicket i sig ansågs vara garanti nog för medborgarnas rättssäkerhet. Detta synsätt är tydligt i 1974 års regeringsform och dess förarbeten, som slår fast att riksdagen är grundlagarnas främsta uttolkare. Velfärdsstatsprojektet förmedlade synsättet att staten och det offentliga var medborgarens vän och inte hennes motståndare. I stället var det den gamla ämbetsmannaristokratin, bland annat inkluderande domarkåren, som i retoriken fick representera överheten. Trots detta kunde velfärdsstaten inte klara sig utan ämbetsmännens, i synnerhet domarkårens, expertkunskap, bland annat i lagstiftningssammanhang.

En parentes i den svenska synen på domstolar och rättigheter kan emellertid förmärkas i tryckfrihetsförordningen och dess olika föregångare. Genom en detaljerad rättslig reglering på grundlagsnivå och ett särskilt kvalificerat domstolsförfarande i tryckfrihetsrättegångar var (och är) dessa ett för svenska förhållanden ovanligt uttryck för tilltro till juridiskt skydd av medborgerliga rättigheter genom domstolar, om än med starkare inslag av lekmannamedverkan (jury) än eljest. Den första tryckfrihetsförordningen och dess efterföljare tillkom emellertid under en parentes i den svenska konstitu-

tionella historien, nämligen ”frihetstiden” och det av liberala och demokratiska ideal präglade 1800-talet.

Författaren till denna avhandling är av uppfattningen att den folksuveränitetsmodell som kännetecknar 1974 års regeringsform och den konstitutionella kultur som den ger uttryck för i flera avseende har mer gemensamt med förliberala grundlagar än med 1809 års RF. Åtminstone i de delar som gäller rättskipning och förvaltning (detta begreppspår som först i Grundlagsutredningens förslag från 2008 ser ut att få ge vika)⁶⁰⁸ är traditionerna från stormaktstiden alltjämt starka. Det gäller rättsväsendets nära band till den verkställande makten, och, som paradoxal motbild, förvaltningens internationellt sett självständiga ställning; det gäller den oklara skillnaden i identitet mellan rättskipning och förvaltning; det gäller domarnas professionella identitet, som har starka drag av statstjänstemannaetik med statsnyttan i centrum. Det gäller domarnas å ena sidan outhärliga roll i statslivet såsom lagstiftare i regeringskansliet, och å andra sidan domstolarnas svaga roll i det konstitutionella systemet.

Den omständigheten att domstolsväsendet, från 1600-talet och framåt, varit underställt den verkställande makten (kungen eller regeringen) har accentuerat domstolarnas roll som en av många grenar i den statliga förvaltningsorganisationen. De ursprungliga svenska domstolarna fanns till för att lösa rättsliga tvister i lokalsamhället. När staten tog ett fastare grepp om domstolarna, bland annat med inrättandet av hovrätterna under 1600-talet, var syftet framför allt att underlätta en enhetligare rättstillämpning i det växande svenska riket, något som i sin tur syftade till att underlätta handel, samfärdsel och i någon mening statlig kontroll över samhällslivet. Domstolsväsendet organiserades för den statliga nyttans och effektivitetens skull, och dess tjänstemän var kungliga befallningshavande. Till skillnad från feodalt organiserade stater i det kontinentala Europa var domstolarna alltså en angelägenhet för staten och dess tjänstemän och inte för den jordägande adeln, även om de dömande tjänstemännen i allmänhet hade adligt ursprung. Detta synsätt på domstolsväsendet som en *statlig nyttofunktion* har levt kvar in i vår tid och utnyttjades av regeringsmakten, efter det demokratiska genombrottet i Sverige, som ett verktyg för att bygga folkhemmet. I detta avseende har den svenska domaren spelat rollen av en särskild typ av juridisk samhällsingenjör.

Först sedan ”rättighetsdiskursen” vunnit insteg i Sverige från och med det sena 1970-talet och införandet av ett rättighetskapitel i RF har domstolarnas, och därmed domarnas, roll kommit att problematiseras utifrån ett rättighets- och maktodelningsperspektiv. Domstolarna har fått en tydligare roll som övervakare av medborgerliga rättigheter och som rättskipare i konflikter mellan enskilda medborgare och det offentliga. I och med Europa-

⁶⁰⁸ SOU 2008:125 s 346 ff.

konventionens och EG-rättens insteg i det svenska rättslivet har domarna fått finna sig i att få en mer framskjuten roll än tidigare. Möjligen gör nya rättsliga argumentationsmönster också att domaren som enskild person efter hand får större utrymme i exempelvis domskälen. Särskilt rättighetsexplosionen kommer att innebära att svenska domare blir alltmer synliga och att intresset för yrkeskåren kommer att öka.

I detta avseende följer Sverige en internationell trend. Antalet internationella dokument med etiska regler för domares yrkesutövning har blivit fler under det senaste decenniet. Det beror sannolikt dels på en ökad medvetenhet om domaren som maktbärare i rättighetsexplosionens kölvatten, dels på ett ökat intresse för administrativa och judiciella institutioners betydelse i statsbyggnadssammanhang ("good governance", god förvaltning etc.). I Sverige kan detta sägas motsvaras av det flertal utredningar om domstolar och domare som skrivits från slutet av 1980-talet och framåt.

8.1.2 *Plikt och dygd*

Den intervjuundersökning jag har genomfört och som redovisas i kapitel 7 ger vid handen att svenska domare hyllar ideal som flit, noggrannhet, lojalitet och integritet. Även om inga omfattande undersökningar har gjorts tidigare finns det ett par andra arbeten som pekar i samma riktning, det vill säga att särskilt flit och arbetskapacitet hålls mycket högt som professionell egenskap bland svenska domare.⁶⁰⁹ Detsamma gäller noggrannhet; ett stort antal av de intervjuade domarna framhåller det dömande arbetets krav på extrem noggrannhet i formella frågor. Notarier och yngre domare skolas också mycket hårt i vikten av att hantera formalian korrekt.

Materiell noggrannhet framstår även den som viktig, men flera av de intervjuade domarna menar att den juridiska skickligheten i materiellt avseende mer sällan kommer till användning, eftersom de flesta mål har mer eller mindre rutinartad karaktär. Snarare än juridisk briljans framhåller de intervjuade domarna andra egenskaper som viktigare, exempelvis empati, människokännedom och flexibilitet, särskilt beträffande underrättsdomare som i störst utsträckning konfronteras med den juridiska vardagen. Många domare framhåller emellertid också att en sak de verkligen uppskattar med yrket är att då och då få ägna sig åt renodlad juridik.

Sammantaget ger undersökningen bilden av domarkåren som en klassisk elitprofession med starka etiska drivkrafter. Det finns egentligen inga tecken på att den professionella identiteten i detta avseende skulle vara på väg att luckras upp, eftersom de yngre domarna framstår som minst lika samvetsgranna som sina äldre kolleger i det här avseendet. De flesta domare skolas

⁶⁰⁹ T.ex. L. Ryberg 1988 och B Wennström 2002. Se även kap. 7 ovan.

alltjämt in i yrket via den klassiska domarutbildningen och insocialiseringen i professionen blir därmed effektiv. Baksidan av denna starka inskolning och yrkesidentitet är en homogenitet som ibland kan framstå som kvävande. Ett par av de yngre intervjuade domarna gav uttryck för detta i ganska drastiska ordalag, då de menade att den främsta domardygden är att inte avvika utan att göra som man blir tillsagd – alltså raka motsatsen till det självständiga domarideal som de flesta säger sig hylla. Den byråkratiskt-hierarkiska organisationsmodellen i det svenska domstolsväsendet skapar förutsättningarna för detta, men en möjlig utveckling på sikt är att en breddad rekrytering till domaryrket kommer att luckra upp denna yrkesmässiga homogenitet. De yngre domarna i intervjuundersökningen ger också i större utsträckning uttryck för en öppenhet beträffande domarrollens mer subjektiva inslag och kanske även en större klarsynthet avseende de egna värderingarnas roll i yrkesutövningen.

8.1.3 Rättskultur och förvaltningsideologi

På domaren ställs många och skilda förväntningar. I den juridiska institutionella systematiken, i rätts- och samhällsordningen i stort, i det allmänna rättsmedvetandet, bland enskilda medborgare och i medierna, i juridisk forskning och utbildning formas och befordras uppfattningar, arketyper och fördomar relaterade till domarens uppgifter och till hur en domare bör vara.

I juridiska och rättsvetenskapliga sammanhang står i allmänhet *domstolar*na som institutionella faktorer i centrum, snarare än de enskilda domarna. Möjligen (men några belegg för detta finns inte i avhandlingen, så det är en spekulation) är domarens person mer betydelsefull för den så kallade rätts-sökande allmänheten, medierna och enskilda medborgare. Särskilt i rättsvetenskapliga sammanhang framstår domaren som en kugge i det juridiska maskineriet, en arketypisk figur i rättsordningens säregna rollspel mellan lagstiftare, rättsvetenskap och domare.

Den dogmatiska rättsvetenskapliga forskningen ägnar domarens personliga egenskaper eller domarkårens sammansättning, utbildning och så vidare ett förstrött intresse; den delen av rättsvetenskapen vill veta hur "domaren" argumenterar i centrala rättsliga frågor och hur "gällande rätt" tillämpas inom olika områden. Inte sällan kan man av svensk juridisk doktrin få intrycket att den dömande verksamheten egentligen är ganska okomplicerad, bortsett från de stundom invecklade och sammansatta juridiskt-tekniska spörsmål domaren ställs inför. Domarens uppgift enligt detta synsätt är att tolka och tillämpa gällande rätt i enlighet med vedertagna rättskällor och att utföra detta arbete opartiskt och oberoende samt med gott omdöme. Domaryrkets strukturella förutsättningar, liksom yrkesutövarnas attityder och

domarkulturens betydelse för rättstillämpningen och rättsordningens funktionssätt lämnas i allmänhet därhän.

I en studie av domarrollen kan man inte bortse från rättsreglerna kring domare och domstolar. Dessa bildar ramen för hur domarna (och kanske de flesta andra) uppfattar den judiciella yrkesrollen. Det gäller särskilt i ett arbete som vill utge sig för att vara rättsvetenskapligt. Därför har kapitlen 5 och 6 ägnats nationella och andra rättsregler i internationella dokument, grundlag, lag, myndighetsföreskrifter och på andra ställen. Domarnas och domstolarnas behandling i de positivrättsliga dokumenten är ett uttryck för vilken vikt lagstiftaren lägger vid dessa funktioner. Den, vid en internationell jämförelse, knapphändiga regleringen av domarrollen i Sverige ger vid handen att man antingen har betraktat domarna som relativt oproblematiska figurer utifrån ett lagstiftarperspektiv, att de har framstått som ointressanta eller möjligen oviktiga. En annan förklaring, som för övrigt kan tänkas äga giltighet för svensk konstitutionell kultur som helhet under 1900-talet, är att man i en stabil rättsstat inte anser sig behöva särskilt omfattande eller detaljerade regler för domstolsväsendet. Den konstitutionella komparationen i kapitel 5 pekar i denna riktning: Storbritannien, Holland, Danmark och Finland har även de valt en mager grundlagsreglering av domstolsväsendet, och det gäller för övrigt även USA och Norge. Ändå är dessa länder bland de mest stabila rättsstaterna i världen. Omvänt kan stater med omfattande konstitutionella garantier för det judiciella oberoendet ha svåra problem med korruption och politiskt styrd rättskipning. Här visar det sig att rättskulturella faktorer kan vara mer avgörande än konstitutionella regler när det gäller att avgöra ett lands "rättsstatliga status".⁶¹⁰

Detta är också fallet för Sveriges del. Den relativt magra regleringen av frågor kring domarrollen i RF och RB fylls med innehåll av den judiciella yrkeskulturen. En slutsats i denna avhandling är rentav att rättskulturella faktorer i form av domarkultur och konstitutionell kultur, snarare än den rättsliga regleringen, är kärnan i domarnas självständighet. Alldeles oavsett vad regeringsformen säger om rättskipning och förvaltning är det djupt rotat i svensk konstitutionell kultur att politiker inte lägger sig i hur en domare handlägger ett enskilt mål eller ärende. Detta manifesteras av det enkla faktum att det finns ytterst få, om några, dokumenterade fall där så har skett under 1900-talet. En del bröstitoner i den politiska debatten under 1960- och 70-talen ändrar inte detta faktum. Att döma av diskussionerna i remissförfarandet inför grundlagsreformen 1974 ligger det emellertid nära till hands att dra slutsatsen att en stark och självmedveten domarkår försvarade det judiciella oberoendet och avskräckte eventuella tilltänkta försök att luckra upp domarnas självständiga ställning.⁶¹¹

⁶¹⁰ Se ang. detta exempelvis F Sterzel & A Fogelklou 1997 s 22 ff.

⁶¹¹ Se ovan kap. 5.

Mot det ovan sagda kan man emellertid anföra att ”demokratiseringen” av domstolsväsendet drevs ganska långt under 1970-talet, utan större protester från domarhåll. Det främsta exemplet på detta är införandet av individuell rösträtt för nämndemän i underrätter och införandet av nämndemän i hov- och kammarrätter. Under senare år har Domstolsverkets ambition att införa individuell lönesättning bland domare orsakat starka protester i domarkåren, men arbetsgivaren har slutligen påbörjat genomförandet av lönereformen utan att domarkåren eller fackförbundet har vidtagit några åtgärder. Dessa senare förändringar av domarnas arbetsvillkor tyder på en urholkning av kårens professionella status, eftersom både nämndemannareformen och lönereformen antyder att det inte är något särskilt med domarens yrke och uppgifter; de politiska signalerna kan tydas dels så att nämndemännen kan utföra dömande uppgifter lika bra eller bättre än professionella domare, dels så att domarnas löner skall behandlas som all annan lönesättning, det vill säga mellan arbetsmarknadens parter. Någon förståelse för domaryrkets särart uttrycker de bägge åtgärderna i vart fall inte.⁶¹²

Detsamma gäller andra förändringar inom domstolsväsendet under senare år, vilka är ägnade att påverka domarnas arbetsvillkor. Bland dessa kan nämnas utvecklingen mot större domstolar, de småskaliga rotlarnas försvinnande till förmån för större avdelningar, ett ökat fokus på kvantitativ resultatmätning hos Domstolsverket och den så kallade renodlingen av domarnas arbetsuppgifter. Motivet för alla dessa åtgärder är ökad ekonomisk effektivitet inom domstolsväsendet, även om motivet för det mesta även anges vara ”förbättrad rättssäkerhet” eller liknande.

Modernitet är ett annat återkommande begrepp i Domstolsverkets skrifter; syftet med ett antal reformer anges vara att domstolsväsendet skall vara ”modernt”.⁶¹³ Överhuvudtaget ligger detta förhållningssätt i linje med samtida administrativa trender, som lägger fokus vid effektivitet, resultatmätning, målstyrning, styrbarhet och i största allmänhet en företagsekonomisk grundsyn på förvaltningens (från vilken domstolarna tydligt inte skiljer sig

⁶¹² I det senaste löneavtalet för domare mellan Domstolsverket och Jusek anges att ”den dömande gärningen” skall undantas från den individuella bedömningen vid lönesättning. Formuleringen lyder ”Lönesättning av enskilda domare får inte ske i syfte att påverka självständigheten vid rättsliga bedömningar [...] ingen bedömning enligt nedanstående kriterier får avse den enskilde ordinarie domarens eller hyresrådets dömande gärning... inte heller får domarens eller hyresrådets resultat mätt i antal avgjorda mål eller ärenden ligga till grund för bedömningen vid lönesättning.” De tillåtna kriterier som anges i avtalet är Ansvar och skicklighet, Svårighetsgrad och skicklighet och Samlad bedömning. Lokalt avtal mellan Domstolsverket och Jusek angående lönerevisioner inom ramen för RALS 2007-2010. – Man kan fråga sig om en fråga av denna tyngd skall avgöras i ett lokalt löneavtal mellan en facklig organisation och en regeringen underställd myndighet. Hur som helst är det intressant att ”den dömande gärningen” undantagits från de lönesättande kriterierna.

⁶¹³ Se ovan kap 7.

i något avgörande avseende!) uppgifter och hur dessa skall lösas.⁶¹⁴ Nyckelorden är effektivitet och flexibilitet, och även om rättssäkerhet alltid anges vara ett kärnvärde i officiella dokument på domstolsväsendets område, så framstår det mer som en dekoration än något att ta på allvar. Förvisso måste rättskipningen vara effektiv för att vara rättssäker, men som övergripande mått på den rättskipande verksamhetens existensberättigande riskerar det snarare att slå åt motsatt håll. Modern förvaltningspolitisk ideologi ger i själva verket uttryck för en *antiprofessionell* hållning, eftersom man inte litar på att professionella yrkesgrupper, exempelvis domare, klarar av att utföra sina uppgifter på ett nöjaktigt sätt; det är istället nödvändigt att ständigt utvärdera, styra och kontrollera de professionella. Praktiken på detta område går stick i stäv med retoriken, som annars förefaller använda ”profession” som ett honnörsbegrepp.

För egen del är jag övertygad om att de styrande tendenserna hade gått betydligt längre för domstolsväsendets del om det inte hade varit för två faktorer; domarnas egen integritet och det konstitutionella skyddet för domstolarnas verksamhet. I detta avseende har de konstitutionella reglerna fungerat mer som en psykologisk eller rättskulturell faktor i sammanhanget, än som en egentlig juridisk regel med rättslig spärreffekt mot styrande åtgärder. På grund av rättsväsendets speciella karaktär, och domarnas speciella rättsliga ställning, har man från politiskt håll varit mer återhållsam ifråga om domstolsväsendet än man har varit med förvaltningsmyndigheter. Det är i detta avseende som de konstitutionella reglerna visar sin verkliga normativa kraft, det vill säga som handlingsdirigerande rättskulturella faktorer snarare än tvingande rättsregler.

På det rättskulturella området går tendenserna således åt olika håll. Å ena sidan har vi en förvaltningspolitisk effektivitetsideologi som börjar tränga in i rättsväsendet genom bland annat ökad ekonomistyrning, och en syn på domaren som vilken tjänsteman som helst, vars lön sätts av arbetsmarknadens parter och vars arbetsvillkor bestäms av strukturella faktorer i allt större enheter (domstolar). Å andra sidan har vi ett allmänt sett ökat inflytande för domstolsväsendet (och därmed för domarna) som i första hand kommer sig av europeiseringen och en ökad komplexitet i lagstiftningen, samt ett större fokus på rättighetsskydd för den enskilda medborgaren gentemot det offentliga. Mellan dessa två finns alltså en särpräglad svensk domarkultur, som kännetecknas av en sluten utbildningsgång (för de allra flesta) där ideal som självständighet och integritet, men också lojalitet med statens intressen, odlas mycket starkt.

Vad kommer att bli resultatet av dessa motstridiga tendenser? Enligt min mening står det klart att svenska domare inte kan fortsätta med sin förar-

⁶¹⁴ Mål- och resultatstyrning som modell för offentlig förvaltning har problematiserats av 2006 års förvaltningskommitté i SOU 2008:118, t.ex. i bilaga 4 s 104 ff.

betslojala rättsillämpning särskilt länge – och uppluckringen av den säregna svenska juridiska metoden har i detta avseende redan börjat. Lagstiftning med europeiskt ursprung – vare det från Bryssel, Strasbourg eller annat håll – kommer obevekligen att utgöra en allt större del av den normmassa svenska domare har att hantera, och domarna kommer därför, kanske motvilligt, att tvingas anpassa sig till delvis nya sätt att tänka juridiskt och att se på sin egen roll. Denna utveckling har, även den, redan påbörjats, men dess genomslag kommer efterhand att bli allt kraftigare. Ett mer ”europeiskt” sätt att argumentera kommer enligt denna modell att innebära att domarna tvingas till fler ställningstaganden som inte kan botten i lagstiftarens anvisningar utan snarare i principer av olika slag, i allmänhet fastslagna genom en stor mängd prejudikat.

Sannolikt kommer även den juridiska doktrinen att få ökad betydelse som orienteringskartor i en alltmer svårnavigerad juridisk djungel, vilket betyder en mer betydelsefull roll även för akademiska jurister. Allt detta medför svåra utmaningar för domarkåren, såväl kunskapsmässigt som metodologiskt och i övrigt professionellt, men det innebär också ett större inflytande för den enskilda domaren och möjligen även för domarkåren som helhet. Är svenska domare beredda att axla detta ansvar? Svenska domare kan, som vi har berört, betecknas som synnerligen pliktmedvetna och lojala, och mycket talar för att lojaliteten är kopplad till rättsordningen som helhet snarare än den specifika svenska rättsordningen. Övergången till nya typer av juridisk argumentation kommer därför att fungera väl. Den svenska domaren kommer dock att känna sig ovan vid den nya, friare men också svårare, roll som detta innebär. Balansen mellan lagstiftare, rättstillämpare och rättsvetenskap enligt Webers modell kommer att förskjutas.⁶¹⁵

8.1.4 Den sista ämbetsmannen

Tidigt utgjorde domaren mönstret för den offentliga tjänstemannens yrkesutövning.⁶¹⁶ Efterhand har stora delar av den offentliga förvaltningen informaliserats: löne- och anställningsförhållanden har anpassats efter mönster från den privata sektorn för ökad flexibilitet. Målstyrning dominerar över regelstyrning, och ekonomiska måttstockar har blivit viktigare liksom, utvärderingar och mätningar av verksamheten. Domstolarna och domarna har inte gått opåverkade av detta, men de är samtidigt de sista offentliga tjänstemännen som har bibehållit en arbetsrättslig och offentlighetsrättslig status som tidigare tillkom alla offentliga tjänstemän: oavsättlighet, garanterad

⁶¹⁵ M Weber, *Ekonomi och samhälle. Förståendesociologins grunder* (1985) s 263 ff; K Tuori, *Critical Legal Positivism* s 122.

⁶¹⁶ K Å Modéer 1994 s 20.

självständighet i yrkesutövningens centrala delar, starkt inflytande för professionen i utnämningsfrågor och indirekt i utbildningsfrågor, konstitutionell reglering som dessutom ser ut att stärkas i ett par avseenden efter Grundlagsutredningens förslag från 2008.⁶¹⁷

Europeiseringen gör att domare och domstolar förväntas avgöra fler typer av ärenden än tidigare, eftersom den europeiska förvaltningstraditionen inte erkänner förvaltningen samma självständighet som den svenska; detta har lett till att de allra flesta förvaltningsärenden numera kan domstolsprövas och att svenska domstolar har fått en starkt roll som kontrollinstans över förvaltningen; detta kan i sig betraktas som en förstärkning av domstolarna på bekostnad av förvaltningen.

Den meritokratiska modellen var tidigare dominerande inom den statliga sektorn. Ett antal reformer från 1970-talet och framåt, syftande till ökad effektivitet inom statlig förvaltning, har emellertid luckrat upp den meritokratiska modellen, som av en del ansetts alltför stelbent. Tanken har varit att dels närma sig anställningsformerna i det privata näringslivet, eftersom dessa är mer flexibla, dels minska det hierarkiska tänkandet och dels att öppna för fler anställningskriterier än rent formella. Inom domstolsväsendet lever emellertid den meritokratiska modellen kvar. Eftersom konkurrensen är hård och både utbildning och karriär bygger på formella meriter, får domaryrket karaktären av elitprofession. Ingångarna till domaryrket är få och kontrolleras i inte ringa utsträckning av domarna själva, vilket brukar betecknas som "closure" i professionsteoretiska sammanhang.⁶¹⁸

Till domaryrkets elitkaraktär kommer att "domarkompetens" efterfrågas i en rad sammanhang, från det privata näringslivets skiljenämnder till ordförandeskap i olika statliga nämnder och styrelser där sådan kompetens är ett formellt krav. Likaså anlitas domarutbildade personer i mycket hög utsträckning för arbete med lagstiftning och statliga utredningar. Assessorskompetens är en stark merit i många sammanhang i både offentlig och privat sektor. Domarutbildningen utgör på så sätt en kvalitetsstämpel eller, om man så vill, en sorts legitimation. Från avnämharhåll verkar man alltså uppskatta den kvalitetsgaranti som assessorskompetens anses medföra. Den förenklar anställningsförfaranden eftersom "man vet vad man får". På de områden där assessorer verkar förefaller behovet av flexibilitet vara mindre än annorstädes, där man övergivit formella kompetenskrav till förmån för en "helhetsbedömning" av den sökandes kompetens. S.k. social kompetens och andra egenskaper som ofta efterfrågas av arbetsgivare verkar också spela mindre roll, eller så anser arbetsgivarna att även sådana "mjuka" egenskaper ingår i domar- eller assessorskompetensen.

⁶¹⁷ SOU 2008:125.

⁶¹⁸ Ung. "stängning" – en sorts yrkesmässigt monopol. Se vidare ang. "closure"-begreppet i kap. 5.

Trots att arbetsgivarna således förefaller uppskatta den formellt-meritokratiska kompetens som domarna står för, har det inte saknats tendenser till uppluckring av den traditionella domarbanan och domarrollen under de senaste decennierna. Tendenserna har varit av flera olika slag. Ett exempel är det utökade lekmannainflytandet i domstolarna. 1977 infördes ett system med nämndemän med individuell rösträtt i hov- och kammarrätterna, och 1983 infördes individuell rösträtt även för nämndemän i underrätterna. 1977 års reform motiverades bland annat med krav på insyn och kontroll samt medbestämmanderätt, liksom att lekmanamedverkan skulle ge domstolarna ökade möjligheter att fatta riktiga avgöranden.⁶¹⁹ I propositionen underströks särskilt behovet av insyn.⁶²⁰

Resonemangen kring insyn tyder på att en misstänksamhet mot ”ämbetsmannaväld” och teknokrati måste ha varit bakomliggande motiv, och motivet att domstolarnas avgöranden skulle få högre kvalitet genom lekmanamedverkan framstår också som riktat mot yrkesdomarnas professionella kompetens. Som Diesen påpekar beror naturligtvis detta på vilken uppfattning man har om rätten och vad kvalitet i rättskipningen innebär.⁶²¹ Det politiska valet att utöka lekmannainflytandet kan dock svårligen tolkas på annat sätt än att man avsåg att i vart fall komplettera de lagfarna domarnas kompetens med något som dessa ansågs sakna.

Ett annat exempel på uppluckring av den traditionella domarrollen (i professionsteoretisk mening) gäller domstolarnas administrativa autonomi. Domstolsverket inrättades 1975 för att ta över personal- och ekonomiadministrativa funktioner som tidigare åvilat dels justitiedepartementet, dels domstolarna själva. Principiellt innebar detta att hela domstolsorganisationen blev mer enhetlig än tidigare, men också att domstolarna i administrativa hänseenden blev underställda en förvaltningsmyndighet med lydnadsplikt gentemot regeringen. Honnörsorden var bland annat ”rationalitet” och ”effektivitet”.⁶²²

Domarnas konstitutionella och arbetsrättsliga ställning skiljer dem rent rättsligt från andra statliga tjänstemän och gör domarkåren till en elit i denna kategori. På motsvarande sätt är domarkårens starka professionella struktur i form av relativt sluten och meritokratisk karriärgång, förhållandevis stark kontroll över tillträdet till yrket samt domarutbildningens lärlingsliknande uppläggning ett undantag bland offentliga tjänstemän. Andra professionella grupper bland de offentligt anställda – lärare, präster, officerare med flera – har fått se sina respektive områden försvinna (kyrkans skiljande från staten), reduceras kraftigt (försvaret) eller tappa starkt i status (skolan).

⁶¹⁹ SOU 1974:96 s 184 f.

⁶²⁰ Prop. 1975/76:64 s 35 ff.

⁶²¹ C Diesen 1996 s 256 ff.

⁶²² Domstolsverket 1975-1980 s 10 f. Domstolsverket 1980.

Domarkåren upprätthåller ett monopol som knappast går att nagga i kanten eftersom rättskipning är en central statlig uppgift - privatiseringen av en del civilrättskipning i och med ökad användning av alternativa tvistlösningsmetoder eller skiljenämnder ändrar inte detta faktum, särskilt som domarna anlitas som tvistlösare i de alternativa tvistlösningsorganen också. Sammantagna innebär den speciella offentligrättsliga regleringen tillsammans med en fortsatt stark och säregen judiciell yrkeskultur att domarkårens professionella status även fortsättningsvis förblir hög, trots olika försök till detronisering från 1970-talet och framåt. Domarnas speciella kompetens har visat sig svår att ersätta, trots spådomar om detta i forskning från 1980-talet. Istället för att marginaliseras är det möjligt att domarna fått en viktigare professionell och konstitutionell roll än någonsin tidigare i Sverige.

8.1.5 Avslutande reflektioner

Konstitutionella regler om statens organisation och om medborgerliga rättigheter finns till för att den demokratiska rättsstaten inte med några enkla penndrag skall kunna undergrävas eller avskaffas. Domstolarna är den viktigaste garanten för att säkerställa medborgarnas rättigheter och för att lagar, som stiftats i strid med den demokratiska rättsstatens anda, inte tillämpas. En stark professionell kultur och integritet hos domarkåren är den faktiska garantin för att trögheten i de konstitutionella skyddsmekanismerna skall fungera som det är tänkt. Av detta skäl är domarkårens professionella autonomi till nytta och skydd för den demokratiska rättsstaten på lång sikt.

Därför är det ägnat att väcka oro när administrativa reformer i domstolsväsendet hotar att undergräva domarkårens professionella integritet, exempelvis genom att begränsa utrymmet för professionellt självbestämmande. Ännu mer oroväckande är domarkårens relativa följsamhet gentemot statsmakten i de här frågorna. Det som eventuellt går förlorat i de administrativa rationaliseringsprocesserna kan visa sig mycket svårt att ersätta.

Men det finns ljuspunkter i form av en ökad medvetenhet om domarnas och domstolarnas viktiga roll för den demokratiska rättsstaten under senare år. För egen del är jag också övertygad om att tendenser i den rättskulturella utvecklingen kommer att tvinga domarkåren att ta större plats. Den svenska domarkårens relativt anspråkslösa självbild kommer att utmanas av förändringar i de yttre betingelserna. För den demokratiska rättsstatens vidkommande är det en hoppningivande utveckling. Utan en stark och självmedveten domarkår står rättsstaten nämligen värnlös.

Summary in English

Introduction

Swedish legal education is often said to be judge-oriented, in that it is mainly focused on the solving of hard cases. Despite this, little research interest has been directed to the study of the judicial profession, in contrast to the situation in the United States or Great Britain. This is partly due to circumstances of legal culture. For example, statutes and *travaux préparatoires* are traditionally considered to be the most important sources of law in Sweden, whereas the Common Law tradition emphasizes case-law. The legislator is thus placed in the front seat of lawmaking in Swedish legal culture. Precedents are an important source of law in Sweden, too, but the interest of legal scholarship – and of the lawmaker – is generally focused on the role and functioning of courts, thus emphasizing the institutional rather than the personal perspective of judges. It may also be implied that judicial work is somewhat mechanistic in style, so that in legal education and research, the moral or personal aspects of judging are eschewed.

Nevertheless, judges in Sweden occupy very important positions, and not only in the courts of law. The judicial system in Sweden is not an independent branch of government as in, for instance, the United States or Germany. The professional career of many judges includes work in the legislative and/or executive branches of government. This is a long-standing tradition, dating back to the 17th century when Swedish central government administration was systematically organized for the first time, and legal training became an informal prerequisite for judicial office. The judiciary was considered to be a part of the executive branch and the King was the ultimate judge to whom any decision by courts or other officials could be appealed. When Sweden drafted its first modern constitution in 1809, judges were granted formal independence subject to certain limitations, but the judicial system remained a part of the executive, though gradually operating more independently. The last remainders of royal influence on the administration of justice were repealed in 1909, one hundred years after the implementation of the constitution.

All this said, judicial independence is generally considered a vital component of the rule of law in Sweden, as it is in all constitutional democracies. The current Swedish Constitution provides that no other branch of government may decide how courts should decide the outcome of particular cases, and judges are granted tenure and may not be dismissed short of a

court decision. There is little, if any, evidence that the government should have interfered in the administration of justice during the 20th century, so it is safe to draw the conclusion that judicial independence is widely respected.

The purpose of the present study is to examine the conditions of what might be called actual or virtual judicial independence in Sweden. In order to do so, a multi-disciplinary approach is employed. The professional environment of judges and the constitutional and legal prerequisites for judicial independence are critically examined by using theories of professionalization and de-professionalization. Swedish constitutional law is also examined in the light of other European constitutions, as well as international documents pertaining to judges, such as the United Nations Basic Principles on the Independence of the Judiciary and the European Convention on Human Rights. The main methodological idea is that virtual judicial independence cannot be attained solely by legal means. One must also consider aspects of legal and judicial culture, as well as the professional autonomy awarded to judges.

In order to properly ascertain the “inner point of view” of judges, a field investigation comprising in-depth interviews with eighteen judges was conducted. The interviewed judges occupy different positions on the judicial ladder; some are seasoned or even retired judicial professionals, while others are in the dawn of their career. These interviews have provided valuable information on judicial attitudes concerning independence, professional values and ideals and the inducements to pursue a judicial career.

Legal culture and theory

Apart from theories of professions, with their sociological roots, the study of judicial independence in this book is inspired by two theoretical strands. The first is the idea of the multi-layered nature of law, developed by the Finnish legal scholar Kaarlo Tuori in his book *Critical Legal Positivism* (2002). Tuori adheres to the idea of modern law as fundamentally positive in nature, but elaborates on the idea that positive law is influenced by legal culture and “normative deep structures”, defined as the common core of legal cultures. Inversely, movements on the surface of the law, such as enactments and new case law, may gradually sink into legal culture and even deep structures through a relation of “sedimentation”. These deeper layers of the law refer also to the practical knowledge of legal actors, a kind of knowledge they unconsciously apply on a daily basis. For example, the practical knowledge of judges determines how they will deal with a case and how evidence will be assessed, without there being explicit rules as to how this will come to pass. Therefore, and because this practical type of knowledge

is often as important as explicit legal rules, the study of legal culture and judicial attitudes is justified within the framework of legal scholarship. Moreover, the tools provided by Tuori's theory may prove useful in this endeavor.

The second theoretical strand is inspired by the work of Hannah Arendt, as elaborated by Antoine M. Hol, a Dutch professor of jurisprudence. Here, judicial power is perceived as the backbone of the public sphere. A public sphere provides a structure within which citizens may communicate; without this, there will be no stability and hence no meaningful human life. Law and adjudication protect the equal rights of everyone, thus enabling participation in the public sphere. The authority of law is inherent in politics and based on popular consent.

However, the public sphere, in the view of Arendt and Hol, is threatened by disintegration. Important components in this development are "economization" and "personalization" of the public sphere. The gist of the first phenomenon, "economization", is that acting and speaking, which constitute the public realm, are replaced by working and manufacturing, thereby proving the increased domination of economics as a standard for usefulness and efficiency. This also applies to the court system, where various types of auditing, cost-effectiveness programs and "customer orientation" threaten to reduce the scope for acting and speaking. The second phenomenon, "personalization", is the tendency to "unmask" politicians and other public figures in an effort to gain an insight into the person he or she is behind his or her role. This effort, however, is counter-productive, since masks and roles are necessary for the functioning of the public realm. Instead, personalization provides for relationships which are only sentimental in nature, a very fragile basis for social relationships. In the long run, these two tendencies will undermine the public realm. However, adjudication in the court system is one arena that may hold out as a bastion of the public sphere.

Professionalization and de-professionalization

Professions and professionals are characterized by a number of features. Professions are based on systematic knowledge; they control access to the profession and there may be some sort of formal certification; they control the main conditions of professional activity (“closure”); they are governed by explicit or implicit codes of ethics and conduct, as well as their own standards of integrity and professionalism; and they are often (at least partly) motivated by non-pecuniary incentives, such as status, professional freedom, or something more idealistic. In a public service context, professional groups have often traded with the state by accepting lower salaries than they would have received in the private sector, in exchange for a higher degree of professional autonomy. This trade-off has been beneficial for both parties, though the exact terms may have varied over the course of time. Typical public service professional groups are doctors, teachers, prosecutors, judges, and according to certain theorists, also “street-level bureaucrats” such as social workers and police officers.

During recent decades, attempts have been made to undermine the autonomy of professions. Some theorists and politicians have regarded professional autonomy as a menace to democratic management of the civil service, and as an illegitimate protection of privileges. It has also been thought of as inefficient, prompting politicians and top bureaucrats to adopt a more “managerial” style of civil service governance, often inspired by practices in private business. This new approach to management includes a greater element of auditing, management by objectives, focus on economic efficiency, and constant re-evaluation of the functioning of specific administrative activities. The efficiency of this approach may be doubted, since it has created a whole new apparatus concerned with measuring and evaluation, but it seems to be popular. However, in this study, I argue that professional integrity is in the long-term interest of the state. This is particularly true of the judicial profession, keeping in mind its crucial importance for the functioning of the rule of law and constitutional democracy.

Professionalization of the Swedish judiciary first occurred in the 17th century, when legal training was introduced as a requirement for judicial work. Despite the interconnection of administration and judiciary in Sweden as described above, judges were of high standing and well respected through the 19th and a great part of the 20th centuries. During the 1960’s and 1970’s, though, suspicion vis-à-vis the judiciary surfaced in some political circles. Judges were accused of being politically conservative, thereby hampering political reform programs. The issue of judicial review was (and still is) subject to animated discussion. In the 1970’s, the influence of laymen in the lower courts was increased, and lay representation was introduced in courts of appeal, which previously had been composed exclusively of professional

judges. A national courts administration was also established, thus tightening the executive grip on court workings, though not influencing the actual handling of cases. During the late 1990's, the National Court Administration became more active in carrying out reforms, introducing various efficiency and education programs for court staff, reducing the number of lower courts and transforming them into larger units, and vigorously pursuing an aim to introduce individual salaries to judges (these were previously fixed in classes and tariffs). Court staff, even judges, have been required to report on their exact time expenditure, and there are overall tendencies toward increased influence for chief judges and court administrators at the expense of individual judges, when it comes to organizational issues and some matters of professional autonomy. These tendencies are clearly de-professionalizing in nature.

However, there are also counter-tendencies to the aforementioned de-professionalization. Among these, chiefly three are interesting: specialization, concentration and Europeanization. Specialization in different legal fields has not really happened yet, except for the existence of administrative courts and a few special tribunals, such as the Labor Court. Concentration means that judges' work exclusively involves the adjudicating of cases, while most of the preparatory work is left to clerks and assistants, thus leaving the most qualified tasks to the most qualified staff. There are disagreements as to the advantages and disadvantages of this development – some judges seem to prefer controlling a case during the entire process instead of getting involved only at the final stage, or at least they would like to have a choice instead of having this new model imposed on their profession by the courts administration.

Finally, "Europeanization" is a blurry phenomenon which might affect the position of judges in Sweden. Apart from being inspired by the somewhat more regal judicial style of their European colleagues, the sheer increase in legal matter caused by European Community law and European Convention law increases legal complexity, augmenting the legal scope available for judges. It is no longer possible for the Swedish legislator alone to control legal development in Sweden. This will also call for a different and perhaps more audacious methodological approach among Swedish judges, since the traditional sources of law will no longer suffice. When the legal and intellectual scope of Swedish judicial work increases, so will perhaps professional autonomy.

Käll- och litteraturförteckning

Doktrin

Monografier

Agell, Anders (red.): Rättsutvecklingen och de juridiska yrkesrollerna. Föredrag och diskussioner vid juridiska fakultetens vid Uppsala universitet symposium 2-4 februari 1977. Uppsala 1977.

Ahlbäck Öberg, Shirin, Hermansson, Jörgen & Wängnerud, Lena: Exit riksdagen. Liber 2007.

Almqvist, Roland: New Public Management – om konkurrensutsättning, kontrakt och kontroll. Liber 2006.

Alvesson, Mats: Tomhetens triumf. Om grandiositet, illusionsnummer och nollsummespel. Atlas 2006.

Andersson, Catrin: Tudelad trots allt – dualismens överlevnad i den svenska staten 1718-1987. Stockholms universitet 2004.

Arendt, Hannah: Men in dark times. Harcourt Brace 1968.

Arendt, Hannah: Människans villkor. Vita activa. Daidalos 1998.

Becker, T. L.: Comparative Judicial Politics: The Political Functionings of Courts. Rand McNally 1970.

Bell, John: Judiciaries within Europe. A Comparative Review. Cambridge University Press 2006.

Berggren, Henrik och Trädgårdh, Lars: Är svensken människa? Gemenskap och oberoende i det moderna Sverige. Norstedts 2006.

Bertilsson, Margareta: Rätten i förvandling. Jurister mellan stat och marknad. Nerenius och Santérus förlag 1995.

Björne, Lars: Patrioter och institutionalister. Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del I. Tiden före 1815. Rättshistoriskt bibliotek LII, Nerenius & Santérus förlag 1995.

Bohlin, Alf: Kommunalrättens grunder. Femte uppl., Norstedts Juridik 2007.

Bohlin, Alf: Offentlighetsprincipen. Sjunde uppl., Norstedts Juridik 2007.

Bohlin, Alf & Warnling-Nerep, Wiweka: Förvaltningsrättens grunder. Andra uppl., Norstedts Juridik 2007.

Brusiin, Otto: Tuomarin harkinta normin puuttuessa (Domarens prövning då norm saknas), Vammala 1938, cit. i Aarnio 1984.

Bylander, Eric: Muntlighetsprincipen. En rättsvetenskaplig studie av processuella handläggningsformer i svensk rätt. Iustus förlag 2006.

van Caenegem, Raoul C.: Judges, Legislators and Professors. Chapters in Legal History. Cambridge University Press 1987.

Cassese, Antonio: International Law. 2nd edition, Oxford University Press 2005.

Cassirer, Ernst: Axel Hägerström. Thales 2005.

Cläesson, Sten: Häradshövdingeämbetet i senmedeltidens och Gustav Vasas Sverige. Institutet för rättshistorisk forskning, Lund 1987.

Cotterrell, Roger: The Sociology of Law. An Introduction. 2nd ed., Butterworths 1992.

Dahl, Richard C.: The American Judge. A Bibliography. Coiner Publications 1968.

Dahlman, Christian: Neutralitet i juridisk forskning. Studentlitteratur 2006.

Dawson, John P.: The Oracles of the Law. University of Michigan Law School 1968.

Diesen, Christian: Lekmän som domare. Juristförlaget 1996.

Dworkin, Ronald: Law's Empire. Hart Publishing 1998.

Ebervall, Lena: Försvarens roll. Ideologier och gällande rätt. Norstedts juridik 2002.

Eriksson, Per: Den svenske domarens (o)självständighet. I: Ratio omnia vincit. Vänbok till Tryggve Hellners. Hovrätten över Skåne och Blekinge 1998.

Fitger, Peter: Kommentar till Rättegångsbalken. Iustus förlag 2001.

Fogelklou, Anders och Sterzel, Fredrik (red.): På väg mot rättsstater i Östeuropa. Iustus förlag 1997.

Fogelklou, Anders och Sterzel, Fredrik (red.): Consolidating legal reform in Central and Easter Europe. An anthology. Rättsfonden 2003.

Gadamer, Hans-Georg: Förnuftet i vetenskapens tidsålder. Daidalos 1988.

Gaunt, David: Utbildning till statens tjänst. En kollektivbiografi av stormaktstidens hovrättsauktanter. Studia Historica Upsaliensa 63. Uppsala universitet 1975.

Griffith, Kathryn P.: Judge Learned Hand and the Role of the Federal Judiciary. University of Oklahoma Press 1973.

Grimheden, Jonas: Themis v. Xiezh. Assessing Judicial Independence in the People's Republic of China under International Human Rights Law. Lunds universitet 2004.

Habermas, Jürgen: Between Facts and Norms. Polity Press 1996.

Hammerslev, Ole: Danish Judges in the 20th Century. A Socio-Legal Study. DJØF Publishing 2003.

Hellberg, Inga: Professionalisering och modernisering. En studie av nordiska akademiker i offentlig tjänst. Arbetslivscentrum, Stockholm 1991.

Hellner, Jan: Metodproblem i rättsvetenskapen. Studier i förmögenhetsrätt. Jan Hellner och Jure förlag 2001.

Herlitz, Nils: Grunddragen av det svenska statsskickets historia. 6:e upplagan, Norstedts 1967.

Hobbes, Thomas: Leviathan. Hackett 1994 (1668).

Holmberg, Erik och Stjernquist, Nils: Vår författning. 13:e upplagan, reviderad av Magnus Isberg och Göran Regner. Norstedts 2003. Cit Holmberg & Stjernquist m.fl. 2003.

Holmberg, Erik och Stjernquist, Nils: Grundlagarna med tillhörande författningar. Norstedts 1980. Cit Holmberg & Stjernquist 1980.

Holmqvist, Bosse: ”Individens tidsålder är förbi.” Några nedslag i femtiotallets människosyn. Brutus Östlings Bokförlag Symposion 2004.

Hydén, Håkan: Rättsregler. En introduktion till juridiken. Studentlitteratur 1977.

Hydén, Håkan: Rätten som instrument för social förändring. Liber 1982.

Hydén, Håkan: Rättssociologi som rättsvetenskap. Studentlitteratur 2002.

Häthén, Christian och Nilsén, Per: Svensk historisk lagbok. Rättshistoriska källtexter. Studentlitteratur 2004.

Inger, Göran: Svensk rättshistoria. 4:e upplagan, Liber 1997.

Jareborg, Nils: Värderingar. P.A. Norstedt & Söners förlag 1975.

Jareborg, Nils: Mening, värde och rationalitet. Cuvée 1974 i ny tappning. Juridiska fakultetens i Uppsala årsbok 2008. Iustus förlag 2008.

Jägerskiöld, Stig: Hovrätten under den karolinska tiden och till 1734 års lag. Studier till 350-årsminnet. Stockholm 1964.

Kvale, Steinar: Den kvalitativa forskningsintervjun. Studentlitteratur 1997.

Lagerström, Thomas: Domarn dömer! En nämndemans rapport från rättvisans vardag. Liber 1977.

Lavin, Rune: Domstol och administrativ myndighet. Norstedts 1972.

Lavin, Rune: Lagrådet och den offentliga rätten 1999-2001. Juristförlaget i Lund 2001.

Lerwall, Lotta: Ledamot i socialförsäkringsnämnd – ett meningsfullt uppdrag? Försäkringskassaförbundet Fakta & Debatt 3:2003, Försäkringskassaförbundets förlag 2003.

Lindblom, Per Henrik: Progressiv process. Spridda uppsatser om domstolsprocessen och samhällsutvecklingen. Iustus förlag 2000.

Lithner, Klas: Åklagararbete och åklagarroll. Stockholms universitet 1983.

Löfgren, Orvar (red.): Hej, det är från försäkringskassan! Informaliseringen av Sverige. Natur och Kultur 1988.

Malleson, Kate: The New Judiciary. The effects of expansion and activism. Dartmouth/Ashgate 1999.

Mathiesen, Thomas: Rätten i samhället. En introduktion till rättssociologin. Femte upplagan, Studentlitteratur 2005.

Modéer, Kjell Åke: En god domare är bättre än god lag. Om juridiska yrkesroller i ett historiskt perspektiv. Lund 1986.

Modéer, Kjell Åke: Rättvisa och trevnad. Om rättskultur i förändring. Corpus Iuris förlag, Lund 1993.

Myrdal, Gunnar: Objektivitetsproblemet i samhällsforskningen. Rabén & Sjögren 1968.

Nergelius, Joakim: Konstitutionellt rättighetsskydd. Svensk rätt i ett komparativt perspektiv. Fritzes 1996.

Nordquist, Jonas: Domstolarnas roll i det svenska politiska systemet. Om demokrati, juridik och politik under 1900-talet. Stockholm Studies in Politics 76, Statsvetenskapliga institutionen, Stockholms universitet 2001.

Nothin, Torsten: Svenskar under ämbetsmän och fogdevälde. Wahlström och Widstrand 1956.

Peczenik, Aleksander: Juridikens metodproblem. AWE/Gebers 1980.

Petersson, Olof: Den offentliga makten. SNS förlag 2007.

Petrén, Gustaf och Ragnemalm, Hans: Sveriges grundlagar med tillhörande författningar och förklaringar. Publica/Liber förlag 1980.

Phillips, Susan U.: *Ideology in the Language of Judges. How Judges Practice Law, Politics, and Courtroom Control.* Oxford University Press 1998.

Power, Michael: *The Audit Society. Rituals of Verification.* Oxford University Press 1999.

Putnam, Robert D.: *Bowling Alone. The Collapse and Revival of American Community.* Simon & Schuster 2001.

Påhlsson, Robert: *Hunden klockan tre och fjorton. Rapport från juridikens tankevärld.* Iustus förlag 2005.

Rolf, Bertil: *Profession, tradition och tyst kunskap. Andra upplagan,* Nya Doxa 1995.

Ross, Alf: *Towards a Realistic Jurisprudence.* Munksgaard, Köpenhamn 1946.

Ross, Alf: *On Law and Justice.* Steven and Sons Limited, London 1958.

Runeby, Nils: *Monarchia Mixta. Maktfördelningsdebatt i Sverige under den tidigare stormaktstiden.* Studia Historica Upsaliensa VI. Norstedts 1962.

Ryberg, Lotti: *Domarkarriären.* Juristförlaget 1988.

Samuelsson, Joel: *Tolkning och utfyllning. Undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema.* Iustus förlag 2008.

Samuelsson, Joel & Melander, Jan: *Tolkning och tillämpning. Andra uppl.,* Iustus förlag 2003.

Selander, Staffan (red.): *Kampen om yrkesutövning, status och kunskap. Professionaliseringens sociala grund.* Studentlitteratur 1989.

Shapiro, Martin: *Courts: A Comparative and Political Analysis.* University of Chicago Press 1981.

Sterzel, Fredrik: *Författning i utveckling.* Rättsfonden 1998.

Stevens, Robert: *The English Judges. Their Role in the Changing Constitution.* Hart Publishing 2005.

Strömholm, Stig: Motströms och medströms. Svenska betraktelser. Norstedts 1985.

Strömholm, Stig: Rätt, rättskällor och rättstillämpning. Femte uppl., Norstedts Juridik 1996.

Sundberg, Halvar G.F.: Allmän förvaltningsrätt. Institutet för offentlig och internationell rätt, Norstedts 1955.

Sunstein, Cass R.; Schkade, David; Ellman, Lisa M.; Sawicki, Andres: Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary. Brookings Institution Press 2006.

Svanberg, Jan: Rättssociologi – en introduktion. Studentlitteratur 2008.

Tiby, Eva: Domarjäva. Juristförlaget 1993.

To, Van-Hoa: Judicial Independence. A Legal Research on Its Theoretical Aspects, Practices from Germany, the United States of America, France, Vietnam, and Recommendations for Vietnam. Juristförlaget i Lund 2006.

Toobin, Jeffrey: The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court. Doubleday 2007.

Tuori, Kaarlo: Critical Legal Positivism. Ashgate 2002.

Warnling-Nerep, Wiweka, Lagerqvist Veloz Roca, Annika och Reichel, Jane: Statsrättens grunder. Norstedts juridik 2005.

Weber, Max: Ekonomi och samhälle. Förståendesociologins grunder 2. Religionssociologi och rättsociologi. Argos 1985.

Wennergren, Bertil: Förvaltningsprocesslagen m.m. En kommentar. Femte upplagan, Norstedts juridik 2006.

Wennström, Bo: Rättens kulturgräns. Andra uppl., Iustus förlag 2002.

Wesley Pue, W and Sugarman, David (eds.): Lawyers and Vampires. Cultural Histories of Legal Professions. Hart Publishing 2003.

White, G. Edward: The American Judicial Tradition. Profiles of Leading American Judges. 3rd ed., Oxford University Press 2007.

Wijk, Erik: Orätt. Rättsröten efter Göteborgskravallerna. Ordfront 2003.

Wilhelmsson, Thomas: Senmodern ansvarsrätt. Privaträtt som redskap för mikropolitik. Iustus förlag 2001.

Wockelberg, Helena: Den svenska förvaltningsmodellen. Parlamentarisk debatt om förvaltningens roll i styrelseskicket. Skrifter utgivna av Statsvetenskapliga föreningen i Uppsala 155. Acta Universitatis Upsaliensis 2003.

Zweigert, Konrad och Kötz, Hein: An Introduction to Comparative Law. 2nd edition, Clarendon Press 1987.

Åqvist, Gösta: Kungen och domsrätten. Lund 1989.

Øvreliid, Ragnhild: Rettssikkerhet eller demokrati? Universitetsforlaget 1984.

Uppsatser och artiklar

Aarnio, Aulis: Värdena och domarreglerna. Tankar om förhållandet mellan rätt och moral. I: Festskrift till Jan Hellner, Norstedts 1984.

Agge, Ivar: Till frågan om rättsvetenskapens gränser. I: Festskrift tillägnad Nils Herlitz, Norstedts 1955.

Andenæs, Kristian: Domstolene – statsmakt på nedtur. Hefte for Kritisk Juss 3-4/1985, s 51-58.

Andersson, Håkan: Rättens narratologiska dimensioner – interaktion och konstruktion. I: Gräns, Minna och Westerlund, Staffan (red.): Interaktiv rättsvetenskap. En antologi. Uppsala universitet 2006.

Arvidsson, Matilda: The Presence of Absence of Personal Identity. Everyday Conditions of Practicing Law. Från Schlyters lustgård. Rättshistoriska uppsatser 7:2007, s 3-30.

Bendz, Gunnar: Om hovrätterna från deras uppkomst till 1734 års lag. I: Minnesskrift ägnad 1734 års lag av jurister i Sverige och Finland den 13 december 1934, 200-årsdagen av Riksens Ständers beslut. Stockholm 1934.

Bertilsson, Margareta: Juristerna i välfärdsstaten. I Selander 1989.

Bertilsson, Per Björn: Förändringstendenser i svensk rättskultur – särskilt med avseende på domarrollen och rättskipningens funktion. Examensarbete i konstitutionell rätt 30 hp. Juridiska institutionen, Uppsala universitet 2008. Handledare: Olof Stållvik.

Bourdieu, Pierre: The Force of Law. Toward a Sociology of the Juridical Field. *Hastings Law Journal* 1986-87, s 805-853.

Brante, Thomas: Sociologiska föreställningar om professionella, i U. Bergryd (red): Den sociologiska visionen. Rabén & Sjögren, 1987.

Bull, Thomas: Självständighet och pluralism. Om vertikal maktindelning i Sverige. Festskrift till Fredrik Sterzel, Iustus förlag 1999, s 107-133.

Bull, Thomas: Arbetsdomstolens opartiskhet och Europadomstolen. *Euro-parättslig tidskrift* 4/2005 s 808-812.

Bull, Thomas: Lagprövningens många ansikten. I: Festskrift till Johan Hirschfeldt, Iustus förlag 2008, s 75-94.

Carlsson, Sten: 1809 års regeringsform. I: Högsta domsmakten i Sverige under 200 år. Del 1. Föreläsningar vid ett internationellt symposium 16-18 maj 1989 med anledning av Högsta domstolens 200-årsjubileum. Institutet för rättshistorisk forskning 1990.

Dalberg-Larsen, Jørgen: The Legal Profession in a Changing World. I: Wilhelmsson, Thomas och Hurri, Samuli (eds.), *From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law*. Aldershot: Ashgate, 1999.

Ekeberg, K-G: Om domarutnämningar. I: Festskrift till Johan Hirschfeldt, Iustus förlag 2008, s 107-116.

Eriksson, Katarina: Traditionell domareetik i ett aktuellt perspektiv. Examensarbete, Juridiska institutionen, Lunds universitet 1997. Handledare: K Å Modéer.

Fahlbeck, Erik: "Lagfaren", "Lagkunnig". I: Festskrift tillägnad professor, juris doktor Karl Olivecrona vid hans avgång från professorsämbetet den 30 juni 1964. P.A. Norstedts förlag 1964.

Falk, Sara: Några anteckningar vid nedre justitierevisionens upphörande. *SvJT* 1973 s 1 ff.

Gräns, Minna: Om interaktiv rättsdogmatik. I: Gräns, Minna och Westerlund, Staffan (red.): Interaktiv rättsvetenskap. En antologi. Uppsala universitet 2006.

Gräns, Minna: Om hjälpvetskapernas betydelse för rättstillämpningen och rättsvetenskapen. JT 2007 s 782-792.

Gärde, Natanael: Rättegångsbalken. I: Minnesskrift ägnad 1734 års lag av jurister i Sverige och Finland den 13 december 1934, 200-årsdagen av Rikens Ständers beslut. Stockholm 1934.

Hasselberg, Ylva: Kunskap, värdering och arbetsorganisation. Ett ekonomisk-historiskt perspektiv på vetenskapsens och universitetens förändring. Uppsats framlagd vid Svenska Ekonomisk-historiska mötet i Uppsala 2009 (opublicerad).

Havansi, Erkki: Finlands domstolar inför omvälvning? SvJT 1973 s 63-78.

Herlitz, Nils: Rättegångsbalkens betydelse på stats- och förvaltningsrättens område. I: Minnesskrift ägnad 1734 års lag av jurister i Sverige och Finland den 13 december 1934, 200-årsdagen av Rikens Ständers beslut. Stockholm 1934.

Heuman, Sigurd: Hur kan förtroendet för domstolarna stärkas? SvJT 2009 s 48-63.

Hirschfeldt, Johan: Domstolarna som statsmakt – några utvecklingslinjer. Kungl. Vitterhets Historie och Antikvitets Akademiens årsbok 2007, s 131-150.

Hol, Antoine M.: Adjudication and the public realm. An analysis based on the work of Hannah Arendt. Utrecht Law Review 2005, volume 1, issue 2, pp 40-55.

Holmbäck, Åke: Våra domarregler. I Festskrift tillägnad Axel Hägerström den 6 september 1928 av filosofiska och juridiska föreningarna i Uppsala. Almqvist & Wiksell 1928.

Holmes, Oliver Wendell: The Path of the Law. 10 Harv L Review 457-78.

Jareborg, Nils: Rättsdogmatik som rättsvetenskap. SvJT 2004 s 1.

Lambertz, Göran: Rättshaverister – problem eller utmaning? Forhandlingerna vid det 37. nordiske Juristmøde, Reykjavik 18.-20. august 2005. Bind I, s 207-222. Udgivet af De islandske Styrelse.

Lambertz, Göran: Tillsynen over domstolarna. I: Regeringsrättens jubileumsbok (kommande 2009).

Legrand, Pierre: Against a European Civil Code. *The Modern Law Review* 60:1, January 1997, pp 44-63.

Leijonhufvud, Madeleine: Lagens änglar? Juristetik på 2000-talet. I: Festskrift till Johan Hirschfeldt, Iustus förlag 2008, s 225-233.

Lundstedt, Vilhelm: Har Duguits rättsteori något underlag i fakta? Festskrift tillägnad Axel Hägerström. Almqvist & Wiksell 1928.

Marks vonWürtemberg, Erik: Blick på den svenska lagstiftningen alltifrån adertonhundratalets början. I: Minnesskrift ägnad 1734 års lag av jurister i Sverige och Finland den 13 december 1934, 200-årsdagen av Riksens Ständers beslut. Stockholm 1934.

Modéer, Kjell Åke: Den svenska domarkulturen – europeiska och nationella förebilder. SOU 1994:99, bilaga B.

Modéer, Kjell Åke: En god domare är bättre än god lag. *SvJT* 1986 s 248-268.

Modéer, Kjell Åke: From 'Rechtsstaat' to 'Welfare-State'. *Swedish Judicial Culture in Transition 1870-1970. I: Lawyers and Vampires. Cultural Histories of Legal Professions.* Ed. by Wesley Pue, W and Sugarman, David. Hart Publishing 2003.

Modéer, Kjell Åke: Domaren i tid och rum. Domarroll i förändring. I: Från Schlyters lustgård. Rättshistoriska uppsatser 3:2004. Corpus Iuris förlag 2004.

Modéer, Kjell Åke: Den svenska och nordiska samhällsreligionen. I: *Författningskulturer. Konstitutioner och politiska system i Europa, USA och Asien.* Sekel bokförlag 2009.

Nelson, Alvar: *Rättsvetenskapen i dagens samhälle.* I *Festskrift tillägnad Karl Olivecrona*, Norstedts 1964

Nordin, Svante: Från byråkrat till samhällsingenjör. Informalisering och ämbetsmannaideologins förvandlingar. I: Löfgren, Orvar (red.): Hej, det är från försäkringskassan! Informaliseringen av Sverige. Natur och Kultur 1988.

Nygren, Rolf: Vad är egentligen "riktigt svenskt" i den svenska rätten? SvJT 1998 s 103-109.

Petrén, Gustaf: Domstolarnas ställning enligt 1974 års regeringsform. SvJT 1975 s 1-14.

Petrén, Gustaf: Domstolsverket och domstolsväsendet – en studie i regleringsteknik. SvJT 1975 s 651-656.

Petrén, Sture: Hovrätten och den högsta domsmakten. I: Svea hovrätt. Studier till 350-årsminnet. P.A. Norstedt & söners förlag 1964.

Rothstein, Bo: Att administrera välfärdsstaten. Några lärdomar från Gustav Möller. I: Arkiv för studier i arbetarrörelsens historia, nr 36/37, 1987.

Samuelsson, Joel: Om harmoniseringen av den europeiska privaträtten och funktionalismens funktionalitet. Europarättslig tidskrift 2009/1 s 63-86.

Sandgren, Claes: Vad gör juristen? Och hur? Del I. JT 1999/00 s 591.

Sandgren, Claes: Vad gör juristen? Och hur? Del II. JT 1999/00 s 867.

Smith, Eivind: Den høyeste domsmakt i nordisk statsrett i første halvdel av det nittende århundrede. I: Högsta domsmakten i Sverige under 200 år. Del 1. Föreläsningar vid ett internationellt symposium 16-18 maj 1989 med anledning av Högsta domstolens 200-årsjubileum. Institutet för rättshistorisk forskning 1990.

Stenlås, Niklas: Att styra genom professioner: Utbildningsreformernas effekter på lärarkåren. Expertgruppen för studier i offentlig ekonomi, 2009 (opublicerat manuskript).

Stjernquist, Nils: Land skall med lag byggas. Sveriges författningshistoria. I: Sveriges konstitutionella urkunder, red. Olof Petersson och Anna Wahlgren. SNS förlag 1999.

Strömberg, Stefan: Domarrollen och kraven på domare – några blickar framåt. SvJT 2004 s 309-314.

Strömholm, Stig: Lagstiftningen förr och nu. I: Rättsutvecklingen och de juridiska yrkesrollerna. Föredrag och diskussioner vid juridiska fakultetens vid Uppsala universitet symposium 2-4 februari 1977. Uppsala 1977.

Strömholm, Stig: Juristroll och samhällsutveckling. SvJT 1982 s 1-13.

Strömholm, Stig: Uppsalaskolan och konstitutionens normativitet. I: Smith, Eivind (red.): Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm. SNS förlag 2002, s 25-42.

Träskman, Per Ole: Hur skapas en ”jurist” – om juristrollen och juristutbildningen. Retfærd nr 101 (2003).

Tuori, Kaarlo: Vad skall vi ha en ”grundlag” till? I: Smith, Eivind (red.): Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm. SNS förlag 2002, s 217-229.

Victor, Dag: Högsta domstolen och prejudikaten – särskilt på straffrättens område. Festkrift till Nils Jareborg, Iustus förlag 2002.

Westman, Karl Gustaf: Från landskapslagar och folkting till rikslag och ämbetsmannamässig rättstillämpning. I: Minnesskrift ägnad 1734 års lag av jurister i Sverige och Finland den 13 december 1934, 200-årsdagen av Riksens Ständers beslut. Stockholm 1934.

Wockelberg, Helena: Konstitutionell pragmatism vid delegering uppåt och nedåt. Anförande vid ”Behöver demokratin nya spelregler?”, konferens om grundlagen anordnad av Grundlagsutredningen 21-22 mars 2005. Dokumentation av Grundlagsutredningen 2005.

Förarbeten

Propositioner

Prop. 1973:90	Ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m.
Prop. 1974:149	Organisation av den nya centralmyndigheten för domstolsväsendet m.m.
Prop. 1975/76:64	Ändring i rättegångsbalken m.m.
Prop. 1975/76:153	Lekmannadeltagande i överrätt m.m.
Prop. 1977/78:1	Ändring i patentlagen
Prop. 1982/83:126	Underrätternas sammansättning m.m.
Prop. 1988/89:95	Ändringar i rättegångsbalken m.m.
Prop. 1989/90:79	Domarbanan och meritvärdering vid tillsättning av domartjänster
Prop. 1993/94:15	Förvaltningen inom domstolsväsendet
Prop. 1993/94:190	Enhetliga regler för överklagande till hovrätt och Högsta domstolen m.m.
Prop. 1995/96:116	Antalet ledamöter i Högsta domstolen och Regeringsrätten
Prop. 1998/99:1	Budgetpropositionen för 1999
Prop. 2004/05:131	En modernare rättegång – reformering av processen i allmän domstol
Prop. 2005/06:35	Omvandling av fängelse på livstid
Prop. 2005/06:180	Ett stärkt nämndemannainstitut
Prop. 2007/08:113	Rekrytering av domare

Utskottsbetänkanden

KU 1973:26 Konstitutionsutskottets betänkande med anledning av propositionen 1973:90 med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m. jämte motioner.

1998/99 JuU1 Utgiftsområde 4, Rättsväsendet
2007/08:JuU21 Rekrytering av domare

Statens offentliga utredningar

SOU 1963:17	Författningsutredningen
SOU 1972:1	Ämbetsansvarskommittén
SOU 1972:15	Grundlagberedningen
SOU 1974:96	1972 års domarutredning – En öppnare domarbana
SOU 1983:39	Politisk styrning – administrativ självständighet. Betänkande av förvaltningsutredningen

- SOU 1985:40 Regeringen, myndigheterna och myndigheternas ledning
Huvudbetänkande från verksledningskommitten
- SOU 1988:53 Domarbanan – utbildning och meritvärdering
- SOU 1993:14 EG och våra grundlagar
- SOU 1994:99 Domaren i Sverige inför framtiden
- SOU 1998:135 Domstolsorganisationen
- SOU 2000:99 Domarutnämningar och domstolsledning
- SOU 2000:106 Medborgarskap i svensk lagstiftning
- SOU 2002:61 Framtidens nämndemän
- SOU 2003:102 En öppen domarrekrutering
- SOU 2007:69 Bestämmelser om domstolarna i regeringsformen. Expert-
gruppsrapport.
- SOU 2008:106 Ökat förtroende för domstolarna
- SOU 2008:118 Styra och ställa – förslag till en effektivare statsförvaltning
- SOU 2008:125 Grundlagsutredningen – En reformerad grundlag

Departementsserien

- Ds Ju 1975:1 Vissa ändringar i rättegångsbalken m.m.
- Ds 1989:2 Domstolarna i framtiden – en idéskiss
- Ds 2007:11 En mer öppen domarutbildning

Rättsfall m.m.

- NJA 1973 s 23
- RA 1974 s 121
- RA 1986 ref 108
- JO 1975 s 116
- JO 1999/2000 s 48

Europadomstolen

- Delcourt v. Belgium, dom den 17 januari 1970, Series A no. 11.
- Le Compte, Van Leuven & De Meyere v. Belgien, dom den 23 juni 1981, Series A no. 43.
- Sporrong & Lönnroth v. Sweden, dom den 23 september 1982, Series A No 52.
- Piersack v Belgium, dom den 1 oktober 1982, Series A no. 53.
- Cambell & Fell v. the United Kingdom, dom den 28 juni 1984, Series A no. 80.
- McGoff v. Sweden, dom den 26 oktober 1984, Series A No 83.
- Pudas v. Sweden, dom den 27 oktober 1987, Series A No 125-A.

Maestri v. Italy, dom den 17 februari 2004.

USA

Trop v. Dulles, 356 U.S. 86, 101 (1958).

In re Stanford, 537 U.S. 968, 971, 123 S.Ct 472, 475 (2002), (Stevens, J., dissenting).

Internationella dokument

FN

Universal Declaration of Human Rights. General Assembly Resolution 217 A (III), 10 December, 1948.

International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entered into force Mar. 23, 1976.

Basic Principles on the Independence of the Judiciary, Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Milan, 26 August to 6 September 1985, U.N. Doc. A/CONF.121/22/Rev.1 at 59 (1985), and endorsed by United Nations General Assembly Resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985.

The Bangalore Draft Code of Judicial Conduct 2001 adopted by the Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity, as revised at the Round Table Meeting of Chief Justices held at the Peace Palace, The Hague, November 25-26, 2002. Endorsed by the Economic and Social Council 27 July 2006 (ECOSOC 2006/23)

Europarådet

Rekommendation R(94) 12 av Europarådets ministerråd till medlemsstaterna om domares oberoende, skicklighet och roll med förklarande bakgrundspromemoria. Antagen av Euroaprådets ministerråd den 13 oktober 1994.

Europeisk stadga om regler för domares rättsställning med förklarande bakgrundspromemoria. Strasbourg 8-10 juli 1998. DAJ/DOC 98 (23), Eu Ch svensk grundöversättning 04-08-16 bl 6636 ord 1 (37)

Övrigt

Vad tycker brukarna? En intervjuundersökning om kvaliteten vid Hovrätten för Västra Sverige. Domstolsverket och Hovrätten för Västra Sverige 2006.

Domstolsverkets verksamhetsplan 1999

Domstolsverkets verksamhetsplan 2000

Domstolsverkets verksamhetsplan 2001

Domstolsverkets verksamhetsplan 2002

Domstolsverkets verksamhetsplan 2003

Domstolsverkets verksamhetsplan 2004

Domstolsverkets verksamhetsplan 2005-2007

Domstolsverkets verksamhetsplan 2006-2008

Domstolsverkets rapport 2002:1, ”Arbetsbelastningen i de allmänna domstolarna”.

Domstolsverkets rapport 2008:1, ”Domarskola”.

Testprojektet. Slutrapport. Domstolsverket 2006.

TFN:s arbetsformer. Domstolsverket 2007.

Domkretsen nr 4/2008

Högskoleverkets rapport 2007:18R. Utvärderingar av juris kandidatutbildningar samt grund- och forskarutbildningar i juridik, rättsvetenskap, handelsrätt och affärsrätt vid svenska universitet och högskolor. Högskoleverket 2007.

Studiehandbok för juristprogrammet. Juridiska institutionen, Uppsala universitet 2008-09.

Lokalt avtal mellan Domstolsverket och Jusek angående lönerevisioner inom ramen för RALS 2007-2010.