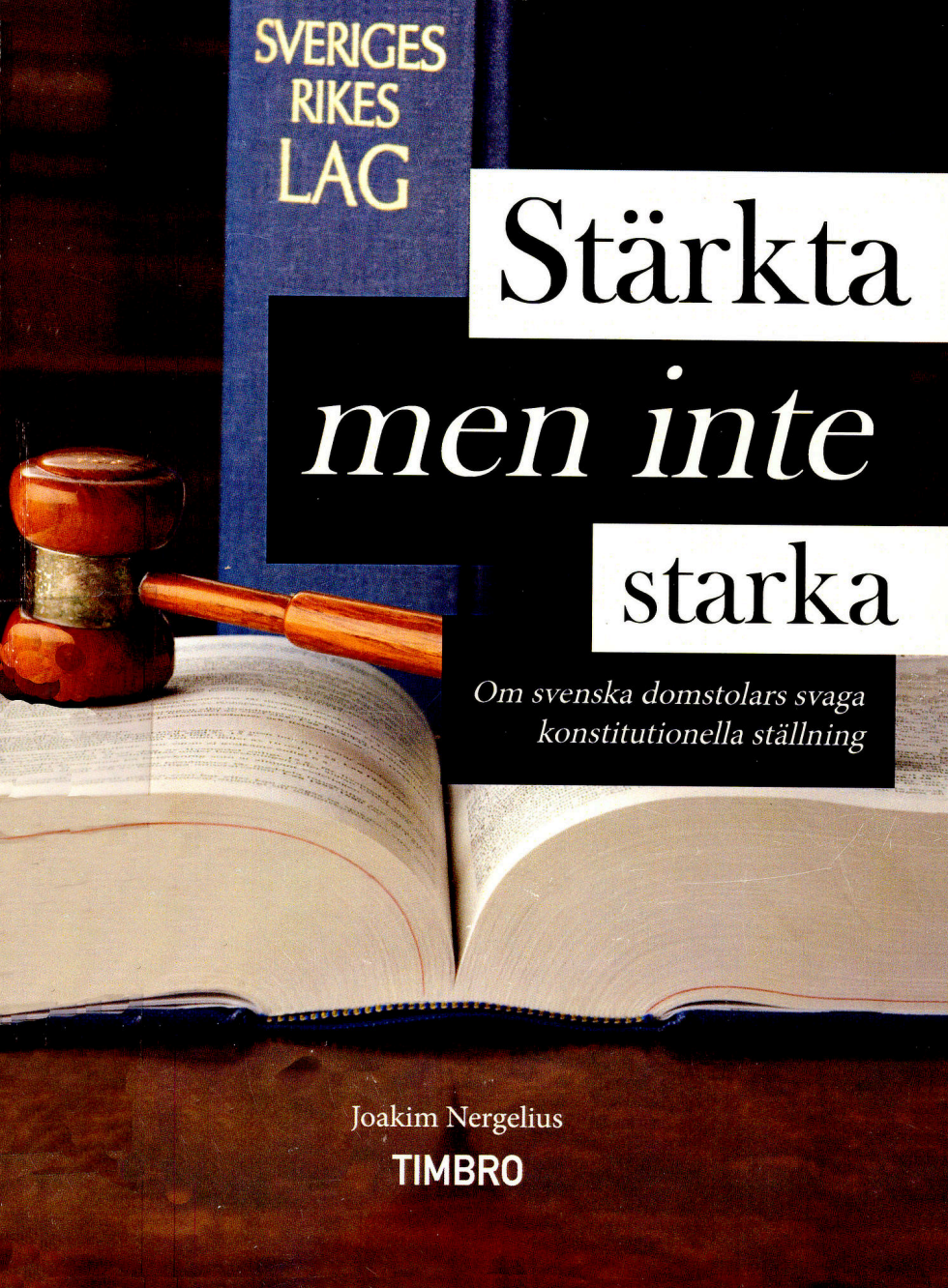

Stärkta *men inte* starka

Om svenska domstolars svaga konstitutionella ställning

Joakim Nergelius

TIMBRO

E-boken är publicerad av Juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2026
eISBN: 9789190023488
ISBN: 9789175668284 (originalutgåva i tryck)
DOI: https://doi.org/10.37852/oblu.409

Denna text är licensierad under CC BY-NC 4.0, Erkännande.
(Se fullständiga villkor: https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv).
Enligt licensen får verket spridas och bearbetas utan att tillstånd behövs, men ej användas i kommersiella syften. Verkets upphovsperson måste anges.

Juridikbok.se

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 vidaredistribuera 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, och inte på ett sätt som ger en bild av att licensgivaren stödjer ett specifikt användande.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

När det gäller verk av författare som avlidit för mer än 70 år sedan finns enligt svensk lag inte längre någon upphovsrätt. Sådana arbeten kan användas helt fritt och slutanvändarlicensen som annars skulle ha gällt för verk som tillhandahålls från juridikbok.se gäller inte sådana verk. Observera dock att det kan finnas flera rättigheter knutna till ett verk. Exempelvis kan medförfattare och illustratörer ha egna rättigheter till verket. I dessa fall kan verket vara upphovsrättsligt skyddat trots att upphovsrätten har upphört för en författare.

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f4600

STÄRKTA – MEN INTE STARKA

Om svenska domstolars svaga konstitutionella ställning

Joakim Nergelius

TIMBRO

© Författaren och Timbro 2011

Omslag: Elvira Hellsten

Omslagsfoto: Hans Wretling/Matton Images

Formgivning: Helena Ullstrand, Copine Design

Sättning: Original Et AB, Stockholm

Tryck: F4-Print AB, Stockholm 2011

ISBN: 978-91-7566-828-4

www.timbro.se

info@timbro.se

Innehåll

1. Inledning 7

2. Domstolarna och den svenska rättsstaten 11

3. Domstolarnas konstitutionella ställning 21
   3.1 Efter grundlagsändringarna 2010 25
   3.2 Om lagprövning 36
   3.3 Hur styrs domare och domstolar? 41
   3.4 Sammanfattning 46

4. Två processuella förändringar – till gagn eller skada för rättssäkerheten? 49
   4.1 En modernare rättegång 51
   4.2 Förslaget från "Målutredningen" 57

5. En reformerad domstolslagstiftning 67
   5.1 Allmänt 67
   5.2 Förslaget från Domstolslagsutredningen 68
   5.3 Principiellt intressanta frågor som utredningen behandlar 70
   5.4 Viktiga frågor som utredningen inte tar upp 76

6. Ytterligare reformförslag 85
   6.1 Domare i Regeringskansliet och i de högsta instanserna 86
   6.2 Domstolarna under övervakning från JO och JK 87
   6.3 Delgivning och andra "effektivitetsfrågor" 92
   6.4 Var hamnar tvistemålen? 93

7. Konstitutionell vaksamhet efterlyses 95

Käll- och litteraturförteckning 97

1. Inledning

Är svenska domstolars konstitutionella ställning tillräckligt stark? Det kan tyckas egendomligt att ställa frågan just när de nyligen fått en mer framskjuten position i grundlagen till följd av de ändringar som genomförts där, särskilt i regeringsformen (RF), som trädde i kraft 1 januari 2011. Frågan upplevs kanske inte heller omedelbart som politiskt het, och är inte ens någon av de rättspolitiskt mest centrala frågorna i dagens Sverige. Ämnen som brottsbekämpning, straffsatser eller rättsliga konsekvenser av tolerans gentemot skilda rättskulturer i det mångkulturella samhället intresserar och berör tveklöst betydligt fler personer, vilket är ett faktum som alla partier och även regeringen anpassar sig till.

Samtidigt tyder ganska mycket på att den vidare betydelsen av frågan – inte bara hur domstolarnas ställning regleras i grundlagen och andra lagar, utan också hur denna situation uppfattas bland befolkningen – är underskattad. Detta gäller såväl domstolarnas ställning i förhållande till andra myndigheter inom och utanför rättsväsendet, som deras relation till riksdag och regering. Dessa frågor har en stark koppling till själva statsskickets karaktär, liksom till kraven på rättssäkerhet i en utvecklad rättsstat. Ett

utbrett ointresse från väljare och politiska partier för dessa frågor kan därför potentiellt innebära ett problematiskt svaghetstecken i det rättsliga systemet.

Problemet kan formuleras ungefär så här: om dessa konstitutionella nyckelfrågor väcker ett så svagt intresse i lugna tider, vad finns det då för garantier för att rättsstatens kärna och nyckelvärden – som rättssäkerhet, inte minst i form av domstolars och andra myndigheters självständighet – skyddas och respekteras i oroliga tider? Många ser kanske även detta problem som litet och avlägset. För Sveriges del kan det då räcka att erinra om kaoset efter Palmemordet 1986, med en urspårad polisutredning och olagliga insatser från av regeringen uppbackade privata aktörer, för att inse att frågorna hastigt kan bli aktuella. Frågorna om domstolarnas ställning är faktiskt på tapeten oftare än man kanske tänker på, men då på ett indirekt sätt. Från senare år kan man ta som exempel på detta diskussionerna om domstolarnas grad av oberoende under The Pirate Bay-rättegången, om nämndemännens roll under några andra uppmärksammade rättegångar, om utvisning av terroristmisstänkta personer utan föregående domstolsprövning, eller för den delen den internationella diskussionen om det svenska rättsväsendets karaktär, oberoende och kvalitet i samband med fallet Julian Assange. Även internationellt har intresset för denna fråga på senare år ökat starkt.[1]

[1] Se närmare om detta Sandgren (2008), s. 455–481.

Syftet med denna skrift är därför att, med avstamp i gällande rättsregler, inklusive de nyligen genomförda grundlagsändringarna, granska domstolarnas ställning, för att slutligen föreslå förbättringsåtgärder. Tystnaden i den offentliga debatten kring dessa viktiga rättssäkerhetsfrågor är påtaglig och flera utredningar om domstolsfrågor under senare år visar också bristande konstitutionella insikter. En bredare debatt är därför högst önskvärd.

2. Domstolarna och den svenska rättsstaten

I november 2010 skrev justitieminister Beatrice Ask en, åtminstone bland jurister, relativt uppmärksammad debattartikel i Dagens Nyheter, vilken främst handlade om regeringens uppenbarligen kritiska syn på Brottsförebyggande rådet, Brå. Artikeln innehöll också en hel del principiella reflektioner kring rättsväsendets uppgifter samt förhållandet och samspelet mellan olika berörda myndigheter, liksom mellan domstolarna och dessa. Här följer några utdrag ur artikeln:

> *Ett effektivt rättsväsende är en förutsättning för att samhället ska utvecklas väl. Brottslighet beskär människors frihet och orsakar lidande, otrygghet och förluster. Hur rättsväsendet fungerar har stor betydelse för människors rättstrygghet i vardagen och för näringslivets möjligheter att utvecklas.*
>
> ...
>
> *I dagarna vidtar regeringen två viktiga åtgärder för att öka effektiviteten i rättsväsendet. Det handlar dels om att rättsväsendet bättre ska ta tillvara forskning och dels om hur kriminalstatistiken kan bli bättre.*

Min ambition är att rättsväsendets arbetsmetoder ska utvärderas bättre för att utvecklas i takt med att ny kunskap tillkommer. Hela rättsväsendet måste bli en mer lärande organisation. Misstag ska inte behöva återupprepas. Erfarenheter ska bättre tas till vara och spridas.

...

Brottsmålskedjan omfattar många myndigheter. Det handlar om Rikspolisstyrelsen och länspolismyndigheterna, Åklagarmyndigheten, Ekobrottsmyndigheten, Sveriges domstolar, Kriminalvården, Brottsoffermyndigheten och Rättsmedicinalverket. Därtill finns Brottsförebyggande rådet, Brå, som ett centrum för forsknings- och utvecklingsverksamheten för hela rättsväsendet. I Brå:s uppdrag sägs att rättskedjeperspektivet ska genomsyra dess utvärderingsverksamhet och att rådet ska verka för och stödja hela rättskedjan.

De utvecklings- och forskningsprojekt som rättsväsendets myndigheter bedriver är i och för sig ofta av hög kvalitet. Men det saknas en fullständig bild av vilka resurser som avsätts och hur det sker. Det är inte heller tydligt hur myndigheterna tar tillvara resultaten. Det behövs också bättre kunskap om hur myndigheterna i rättskedjan ser på Brottsförebyggande rådets arbete i förhållanden till den egna verksamheten och vilket stöd rådet rent faktiskt utgör för rättsväsendet.

En första reflektion som kan göras om denna artikel är att den uttrycker en överraskande stark tilltro till värdet av den forskning som utförs om och inom de berörda myndigheterna. Påståendet

att det skulle vara nödvändigt för att den så kallade rättskedjan ska kunna fungera optimalt, att olika berörda myndigheter känner till varandras forskning och "samordnar den samt låter varandra ta del av resultaten", är knappast invändningsfritt eller ens helt verklighetsförankrat. Tvärtom är nog i allmänhet intresset inom domstolar och åklagarväsende för dessa sidogrenar av exempelvis polisens egentliga verksamhet överlag mycket begränsat.

Viktigare och intressantare från en konstitutionell synpunkt är emellertid den syn på myndigheternas och domstolarnas olika roller som artikeln ger prov på. Det problematiska i detta ligger kort uttryckt i det upprepade bruket av ordet "rättskedjan" som en samlingsbeteckning för både domstolar och myndigheter med anknytning till rättsväsendet. För att utröna det problematiska med denna term är det nödvändigt med ett par närmare definitioner.

Rättsstat och rättssäkerhet ses allmänt som positiva värden i en modern, öppen demokrati. Även dessa begrepp kan dock definieras på flera olika sätt, och kan ibland vara kontroversiella. Enligt en klassisk definition, med rötter i tyskt 1800-tal, innebär rättssäkerhet först och främst ett krav på förutsägbarhet; lagarna skulle vara klara och tydliga, så att medborgare i förväg med en rimligt hög grad av sannolikhet ska kunna förutse de rättsliga konsekvenserna av sitt handlande. I den moderna rättsvetenskapliga och rättsfilosofiska debatten har dock alltmer även ett krav på lagarnas kvalitet, liksom på domstolars oberoende, kommit

att prägla synen på vad rättssäkerhet innefattar. Även i en diktatur kan ju lagarnas konsekvenser vara rimligt förutsägbara, varför ordet rättsstat i en modern kontext i allmänhet också innefattar faktorer som respekt och skydd för medborgarnas grundläggande rättigheter, att domstolar står fria från politiska eller ekonomiska påtryckningar och att lika fall ska behandlas lika (eller, annorlunda uttryckt, att alla är lika inför lagen). Denna senare, något modernare definition av vad som utgör en rättsstat sägs ofta ligga närmare det något svåröversatta brittiska uttrycket *rule of law*.

Man kan naturligtvis även tala om rättsstat i formell respektive materiell mening. För att dessa ideal ska kunna förverkligas krävs först och främst att staten tar ansvar för att finansiera och upprätthålla ett väl fungerande *rättsväsende*, i vilket ingår oberoende domstolar och likaledes oberoende myndigheter som polis och åklagare. Begreppet rättsväsende kan även tolkas extensivt, och då också innefatta kriminalvård, liksom möjligen andra myndigheter med koppling till brottsbekämpning, som exempelvis tullen. Oavsett var den exakta gränsen dras är omsorgen om ett fungerande rättsväsende och upprätthållandet av en god *rättsordning* obestridligen en av den moderna statens absolut viktigaste uppgifter. Detta kan även uttryckas sammanfattningsvis som att det är viktigt att staten har ett fungerande rättssystem.

Varje analys av de olika beståndsdelarna i detta rättssystem eller rättsväsende visar emellertid ganska snabbt att domstolarna skiljer sig från andra däri arbetande myndigheter. Bland annat märks

detta genom det enkla faktum att domstolarna ju även ägnar sig åt mycket annat än de rena brottmålen, vilka är ett utflöde av polisens och åklagarnas arbete. De allmänna domstolarna (tingsrätt, hovrätt, Högsta domstolen) är först och främst i vid mening *konfliktlösare*, med central roll inom exempelvis allmän civilrätt och familjerätt. Ett reellt problem är att denna roll minskar i betydelse i takt med att allt fler privata tvister, särskilt inom näringslivet, avgörs genom skiljeförfarande (en form av privat tvistelösning vid sidan av de statliga domstolarna, där domarna är skiljemän som utsetts av parterna i avtal). Andra domstolar, som Arbetsdomstolen (AD) eller förvaltningsdomstolarna, kommer överhuvudtaget aldrig i kontakt med brottmål, annat än möjligen högst indirekt. Och de allmänna domstolarna är, när de dömer i sådana mål, skyldiga att pröva argument och bevis som talar både för och emot den tilltalade. Förvisso är även åklagarna bundna av en så kallad *objektivitetsprincip*, vilket innebär att de innan de väcker åtal även måste beakta sådant som talar till den misstänktes förmån. Det går dock inte att komma ifrån att både polis och åklagare, till skillnad från domstolarna, först och främst är brottsbekämpande myndigheter. Även åklagarna kan och bör värna rättssäkerheten efter bästa förmåga, men domstolarna ska, då de dömer i brottmål, helt och hållet bortse från samhällsnytta, effektivitet, brottsbekämpning och dylikt, och enbart koncentrera sig på kärnan: att avgöra om den av åklagaren framlagda bevisningen räcker för en fällande dom eller inte.

Detta är egentligen självklarheter, och man kan mot denna bak-

grund inte låta bli att förvåna sig över att begrepp som "rättskedjan" fått en sådan spridning, också i juristkretsar, eftersom det i grunden ger uttryck för ett helt annat synsätt, som snarast kan beskrivas som organiskt, eller mekaniskt. Idealet tycks i detta närmast vara ett slags löpande band, där alla inblandade medverkar till att en brottsling snabbt kan gå från misstänkt, möjligen frihetsberövad, till dömd och slutligen i bästa fall vårdad eller rentav rehabiliterad genom kriminalvårdens försorg. Alla de inblandade myndigheterna är lika fina, lika mycket värda och tycks i stort sett ha samma – eller i vart fall likvärdiga – uppgifter.[2] Att detta stämmer föga med hur det i verkligheten ser ut är lätt att visa: inte nog med att många åtalade faktiskt frikänns, utan även bland de dömda undgår ju faktiskt det stora flertalet närmare bekantskap med kriminalvården. Alla resonemang om förekomsten av en rättskedja i någon form kan utan överdrift sägas vila på felaktiga premisser. De ger med andra ord en felaktig bild av verkligheten, vilket i sig inte är eller någonsin kan vara önskvärt, och fyller därför kort sagt ingen funktion i stärkande av den svenska rättsstaten.

För tydlighets skull ska sägas att i den nämnda artikeln av Beatrice

[2] Ett illustrativt exempel återgavs i *Dagens Juridik* 25 april 2011, där riksrevisorn Jan Landahl lade ut texten om Riksrevisionens kommande rapport "Hanterar rättsväsendets olika delar brottslighet på ett samlat och effektivt sätt?". Här studeras alla rättsväsendets myndigheter, med sikte på att uppnå ökad "helhetssyn och effektivitet i hela rättskedjan". Enligt Landahl kommer slutrapporten att granska rättsväsendets "samlade effektivitet" och ge "förslag till förbättringar i rättskedjan".

Ask används begreppet "rättskedjan" i en vidare bemärkelse än det snävare "brottmålskedjan". Dessutom talas om "den kedja av aktörer som den enskilde möter i rättsprocessen". Bruket av skilda termer antyder möjligen en önskan hos artikelförfattaren att nyansera ett annars svepande begrepp. Däremot är påståendet att det behövs "bättre kunskap om hur myndigheterna i rättskedjan ser på Brottsförebyggande rådets arbete i förhållande till den egna verksamheten" endast relevant med avseende på de myndigheter som arbetar med brottsbekämpning och brottmål. Någon distinktion mellan olika slags kedjor upprätthålls således inte, och begreppsförvirringen minskar inte direkt av att Brå tydligen har inskrivet i sitt uppdrag att rättskedjeperspektivet ska "genomsyra dess utvärderingsverksamhet".[3]

Denna begreppsförvirring tycks ha spritt sig även bland berörda myndigheter. Domstolsverket angav tills nyligen på sin hemsida[4] som rättsväsendets mål "att minska brottsligheten och att öka människors trygghet"; upplysningsvis angavs också att även bland andra Kustbevakningen, Skatteverket och Tullverket "är en del av rättskedjan och arbetar med brottsbekämpning". Den myndighet som under regeringen ansvarar för domstolarnas administration tycks således helt ha missuppfattat deras uppgift, även om formuleringarna nu ersatts av något mer neutrala skriv-

[3] Tanken att detta möjligen rentav kan vara en bidragande orsak till myndighetens här påtalade problem tycks dock inte ha slagit justitieministern.

[4] Se <www.dom.se>.

ningar om vad rättsväsendet innefattar och behovet av att domstolarna är självständiga.[5]

Justitieministern visar avsaknad av insikt om att domstolarnas uppgifter och verksamhet principiellt skiljer sig från andra myndigheter inom rättsväsendet, och uttrycker inte heller någon önskan om att så bör vara fallet. Enkelt uttryckt röjer artikeln bristande konstitutionella insikter och en brist på förståelse för en av de faktorer som djupast sett karakteriserar en rättsstat.

Poängen med detta är dock inte att kritisera Beatrice Ask som person. På många sätt är en justitieminister som inte själv är jurist och därför inser sin begränsning på området att föredra framför en svag jurist som överskattar sin egen kompetens. Men som uttryck för regeringens principiella syn på domstolarnas roll i den moderna demokratin och rättsstaten är den citerade DN-artikeln helt enkelt bedrövlig. Dess konstitutionella perspektiv, eller kanske snarare brist på sådant, rimmar dessutom mycket illa med de grundlagsändringar som nyligen genomförts.

* * *

I det följande genomgås vad de nyligen genomförda grundlagsändringarna, jämte vissa andra gällande rättsregler, i dag innebär

[5] Formuleringen används dock fortfarande (juni 2011) på Brå:s hemsida: <http://www.bra.se/extra/pod/?action=pod_show&id=25&module_instance=2>.

för domstolarnas respektive domarnas rättsliga och konstitutionella ställning. Därefter behandlas några genomförda och aviserade lagändringar, rörande bland annat processformer, vilka motiverats med effektivitetsargument, men som betraktade i helhet knappast kan sägas vara ägnade att stärka rättssäkerheten, och därför är problematiska. Slutligen görs ett försök att blicka framåt och skissera en kommande utveckling inom detta rättsområde, samt dess vidare politiska och konstitutionella konsekvenser.

3. Domstolarnas konstitutionella ställning

Idéhistoriskt, och även praktiskt, finns två konstitutionella huvudmodeller för vilken ställning domstolarna bör ha i en demokratisk stat: folksuveränitet och maktdelning. Det långvariga arbete som föregick införandet av 1974 års regeringsform (RF) präglades starkt av några centrala konstitutionella principer (eller, om man så vill, dogmer), av vilka den främsta utan tvekan var folksuveränitet. RF bygger i hög grad på tanken att demokrati innebär att folket styr sig självt, vilket innebär en oundviklig maktkoncentration till riksdag och regering (jfr RF 1:1 st. 1, 1:4 och 1:6[6]).

Alla tankar och idéer om maktdelning avvisas i RF och dess samtliga förarbeten, vilket torde bero dels på att maktdelningstankar generellt hade hamnat i vanrykte eftersom de förekom på flera ställen i 1809 års tämligen misslyckade grundlag, dels på att demokratiseringen kring 1920 i hög grad innebar att likhetstecken sattes mellan demokrati och parlamentarism. Vidare spelade av

[6] Hänvisning till lagtext är genomgående i denna skrift av formen (t.ex.) 1:6, vilket innebär första kapitlet, sjätte paragrafen. Förkortningen "st." innebär stycke, i de fall en paragraf har flera stycken.

allt att döma den gynnsamma samhällsutvecklingen efter 1920 en stor roll här; om parlamentarism och folksuveränitet sågs som demokratins överordnade principer och den samtidiga samhällsutvecklingen var mycket gynnsam så fanns naturligtvis ringa anledning att överge dessa vägledande principer.[7]

Till allt detta kommer så att RF antogs just 1974, då den allmänt omhuldade "svenska modellen" kan sägas ha stått på höjden av sin framgång. Detta var generellt sett en tidpunkt i utvecklingen då tilltron till politiskt beslutsfattande var väldigt stark och då rättsliga hinder för folksuveränitetens förverkligande i form av till exempel domstolsmakt närmast framstod som odemokratiskt (och dessutom som hinder mot en fortsatt god samhällsutveckling).[8] Det bör understrykas att bred politisk enighet rådde om dessa konstitutionella utgångspunkter under åren kring 1974.

Själv har jag ända sedan jag började ägna mig åt konstitutionell forskning vid 1990-talets början varit anhängare av en samtida och internationellt i dag helt dominerande uppfattning om grundlagen som överordnad vanliga lagar, som *higher law* eller *lex superior*, för att använda vedertagna uttryck. Detta präglar dock inte RF i stort och återspeglar inte heller grundlagstiftarnas avsikter. Denna spänning mellan RF:s regler (inklusive motivuttalanden)

---

[7] Se allmänt angående detta Karlson (1999); Berggren, Karlson & Nergelius (1999), s. 1–35.

[8] Se till exempel RF 1:1 st. 1, grundlagens portalparagraf: "*All* offentlig *makt* utgår från folket." (Min kursivering.)

och den faktiska verkligheten, där det även i Sverige börjar bli uppenbart att en grundlag först och främst innehåller bindande rättsregler som även riksdag och regering måste följa och som domstolar måste övervaka, är i dag av stor vikt i den svenska statsrätten. På många områden – till exempel bundenheten av EU-regler, domstolarnas roll, skyddet för enskildas rättigheter eller reglerna om normgivning i 8 kap. RF – kan det rentav ifrågasättas om RF:s regler återspeglar den rättsliga verkligheten på ett korrekt sätt.

Det är därför logiskt att en större grundlagsöversyn nu genomförts. Det perspektiv som dominerade på 1970-talet och alltjämt är vanligt bland svenska politiker, enligt vilket RF innehåller regler som beskriver statsskicket och anger hur riksdag och regering bör agera till exempel då lagar stiftas, men i övrigt till stor del mest innehåller rättsligt inte förpliktande principstadganden, är enligt min mening på väg bort. Det perspektivet håller på att i stället ersättas av ett mer normativt synsätt, där grundlagen både ger uttryck för de värderingar som styr samhällsutvecklingen och sätter en rättslig ram för de valda politiska organens agerande, vars efterlevnad det sedan blir domstolars och andra övervakande organs uppgift att kontrollera. Svensk statsrätt kan därför just nu sägas befinna sig i ett intressant brytningsskede mellan gammalt och nytt. Denna "omtolkning" av RF har sin grund i förändrade synsätt såväl i Sverige som i omvärlden under de dryga trettiofem år som gått sedan RF antogs, vilka pekar i riktning mot bland annat ökad individualism, ökad mångfald i samhället, ökad miss-

tro mot politiker och inte minst en stark påverkan av Europarätten. Då den sistnämnda är överordnad svenska lagar måste frågan ställas varför inte samma ska gälla för den svenska grundlagen.[9]

I den statsrättsliga utvecklingen under tiden efter RF:s införande kan några årtal och perioder ses som viktigare än andra. Detta gäller till exempel perioden 1974–1979, då rättighetsskyddet i 2 kap. RF byggdes ut successivt ~~samtidigt~~ som reglerna om lagrådsgranskning i RF 8:18 respektive normprövning i 11:14 fick sin nuvarande utformning.[10] Ännu viktigare som ett märkesdatum i ett historiskt perspektiv är sannolikt 1 januari 1995, då Sverige ~~gick med~~ i EU samtidigt som Europakonventionen om mänskliga rättigheter (EKMR) blev ~~en del av den~~ nationella svenska rätten (se RF 2:19). Härigenom ökade även de svenska grundlagarnas betydelse, eftersom det nu var uppenbart att den svenska lagstiftarens handlingsfrihet blivit påtagligt inskränkt, då det inte längre var möjligt att stifta lagar som strider mot Europarätten.[11] Frågan om och i så fall varför det ändå ska vara möjligt att genom lag kringgå nationell grundlag fick då förnyad aktualitet. Det kan också noteras att antalet processer vid svenska domstolar där RF och EKMR åberopats och tillämpats sedan dess ökat kraftigt. Även det faktum att både EU-domstolen och Europadomstolen regelmässigt åsidosätter eller underkänner svenska lagar har

[9] Se allmänt om denna bakgrund bland annat direktiven till Grundlagsutredningen, dir. 2004:96, samt en tidigare Timbroskrift, nämligen Thelin (2001).

[10] Denna utveckling skildras ingående och förtjänstfullt av Algotsson (1987).

[11] Här kan för ett historiskt perspektiv även hänvisas till Bernitz (2002).

naturligt nog aktualiserat frågeställningen varför svenska domstolar inte bör ha motsvarande möjligheter, i synnerhet eftersom det är svårare, dyrare och mer tidskrävande för enskilda att vända sig till de europeiska domstolarna i Luxemburg och Strasbourg. EU-medlemskapet har därför kort sagt ökat de svenska domstolarnas betydelse.[12]

3.1 Efter grundlagsändringarna 2010

Mot bakgrund av denna vetskap ska nu de nyligen genomförda förändringarna i 11 kap. RF granskas lite närmare. Bland dessa märks då först och främst att detta kapitel numera ägnas enbart åt domstolarna, efter att tidigare ha innehållit regler om "Rättskipning och förvaltning". Reglerna om andra, "vanliga" myndigheter återfinns nu i stället i 12 kap. RF.

Dessa förändringar syftar naturligtvis till att öka domstolarnas självständighet och oavhängighet. I de senaste årens internationella debatt på detta område har viss enighet nåtts om ett antal kriterier med hjälp av vilka sådan oavhängighet kan mätas, vilka utvecklats både av organisationer som EU och Europarådet och

[12] Maktdelning kan i dagens värld sägas hänga nära samman med begreppet konstitutionalism, som är ett uttryck för att grundlagens högre rättsliga status jämfört med vanlig lag säkerställts på rättslig väg. Normalt innebär detta att lagarnas grundlagsenlighet kan bli föremål för prövning i domstol. Att det naturligtvis inte går att fastställa en gång för alla vilka former för maktdelning som generellt sett är lämpliga i en demokrati är en annan sak; detta följer redan av att stater är olika, med skilda historiska traditioner, och därför inte kan eller bör ha exakt samma regler. Se närmare om detta Nergelius (1996), s. 27, 30 ff., där resonemanget utvecklas.

olika internationellt verksamma givarorganisationer.[13] Bland dessa kriterier, vilka kan avse såväl domstolarnas oberoende gentemot riksdag, regering eller parter som den enskilde domarens oberoende i sin dagliga dömande gärning, märks vilka anslag i reella summor eller som mått av BNP domstolarna får, förekomsten av korruption, huruvida parter inför domstolarna känt sig nöjda och blivit rimligt bemötta, att domar avkunnas utan påverkan från regering, riksdag eller andra myndigheter samt respekteras och verkställs av dessa, att domare utnämns på rimliga grunder och svårligen kan avsättas samt att domstolarna administreras på ett effektivt sätt, så att mål avgörs rimligt snabbt och samtidigt korrekt.

Främjar då de nyligen genomförda grundlagsändringarna dessa mål? Till att börja med innebär regeln i RF 11:4 (med en motsvarighet för myndigheternas del i RF 12:3) – enligt vilken rättskipnings- eller förvaltningsuppgifter inte får fullgöras av riksdagen i vidare mån än vad som följer av riksdagsordningen eller grundlag – även ett skydd för domstolarnas självständiga dömande verksamhet, eftersom riksdagen till följd av denna regel aldrig kan överpröva domstolars eller förvaltningsmyndigheters avgöranden.

Trots att domstolarna i Sverige som framhållits ovan aldrig haft någon stark självständig ställning, och enligt RF inte anses utöva någon makt, skyddas deras självständighet i själva dömandet inte enbart genom ovan nämnda bestämmelse i RF 11:4, utan även av

[13] Till exempel Ford Foundation. Se vidare om detta Sandgren (2008).

bestämmelsen i RF 11:3, enligt vilken ingen myndighet får bestämma hur en domstol ska döma eller tillämpa en rättsregel i ett konkret fall. Denna sällan omstridda bestämmelse, som faktiskt stärkt domstolarnas självständighet jämfört med 1809 års RF[14], kan tänkas bli betydelsefull särskilt i politiskt oroliga tider. Av bestämmelsen får även anses följa att statsråd, riksdagsmän och andra makthavare ska avhålla sig från att kommentera enskilda fall (vilket de i allmänhet faktiskt också gör).[15] Detta är en del av det så kallade *förbudet mot ministerstyre*. Avvikelser från denna traditionellt påbjudna försiktighet brukar leda till skarp kritik.[16]

Även flera andra grundlagsregler är av intresse här. Enligt RF 2:11 gäller ett förbud mot inrättande av tillfälliga domstolar, och enligt 2:9 ska den som blivit frihetsberövad kunna få saken prövad av domstol utan oskäligt dröjsmål. Vidare får rättstvist mellan enskilda enligt 11:5 inte utan stöd i lag avgöras av annan myndighet än domstol; genom lag kan dock exempelvis skiljenämnder ges denna befogenhet.[17] I övrigt saknar RF emellertid helt generella stadgan-

[14] Se till exempel Holmberg (1992), s. 78.

[15] Se för ytterligare statsvetenskaplig forskning inom området Nordquist (2001), s. 13.

[16] Det var därför överraskande när kulturminister Lena Adelsohn Liljeroth våren 2009 vid ett anförande inför en krets av kulturutövare sade sig gilla domen från Stockholms tingsrätt i The Pirate Bay-målet. Uttalandet borde nog ha lett till hårdare kritik än vad som nu blev fallet.

[17] Som nämnts ovan kan dessas starkt ökande verksamhet ses som ett problem för de allmänna domstolarna, inte minst avseende hur dessa uppfattas av allmänheten. Om allt färre kommersiella tvister avgörs i domstol blir det med tiden alltmer naturligt för allmänheten att förknippa domstolarnas verksamhet främst med brottmål. Att Domstolsverket genom sin information snarast underblåser detta perspektiv är inte heller helt idealiskt.

den om rätt till domstolsprövning i vissa typer av mål. I kombination med myndigheternas traditionellt ganska vida möjligheter att avgöra enskilda ärenden, och förekomsten av ett stort antal "kvasi-judiciella" nämnder av typen Skatterättsnämnden och Resegarantinämnden (vars status som domstolar är oklar i ett Europarättsligt perspektiv), torde upphovet till de många tvisterna om när rätt till domstolsprövning egentligen föreligger enligt svensk rätt finnas här.[18] (2006 genomfördes dock en principiellt grundläggande ändring av den så kallade rättsprövningslagen, varför problemet förhoppningsvis kan minska avsevärt.[19]) Vidare har nu införts en ny mening i RF 2:11 st. 2 (i likhet med Europakonventionens stadgande), enligt vilken rättegång "ska genomföras rättvist och inom skälig tid". Mer precist anges i grundlagsmotiven att detta bland annat innefattar ett krav på att domstolen ska vara oavhängig och opartisk.[20]

De historiska orsakerna till domstolarnas tillbakadragna ställning i statsskicket är flera. 1809 års RF gav i vissa avseenden domstolarna eller domsmakten en än starkare ställning än nuvarande RF

[18] Här kan från praxis nämnas att både Brottsskadenämnden, Presstödsnämnden och Resegarantinämnden av Europadomstolen respektive Högsta domstolen och Regeringsrätten ansetts vara domstolar i den mening som avses i art. 6 EKMR. Se fallen Rolf Gustafsson mot Sverige, dom 1 juli 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997 s. 1149, NJA 2002 s. 288 samt RÅ 2002 ref. 104. Angående vissa hithörande frågor, se även Ehrenkrona (1999), s. 486–495.

[19] Se lagen (2006:304) om rättsprövning av vissa regeringsbeslut, och prop. 2005/06:56.

[20] Se prop. 2009/10:80, s. 251f.

gör, men bilden är inte helt entydig.[21] RF 11:1 anger nu, i sin nya lydelse, att Högsta domstolen (HD) är högsta allmänna domstol och att Regeringsrätten, som samtidigt döpts om till Högsta förvaltningsdomstolen (HFD)[22], är högsta förvaltningsdomstol. Dessutom anges vilka de övriga allmänna domstolarna respektive förvaltningsdomstolarna är[23], att rätten att få mål prövade av HD, HFD, hovrätter och kammarrätter kan begränsas genom lag (vilket också skett och kanske kommer att ske än mer framgent) samt att endast den som är eller har varit ledamot av någon av dessa höga domstolar kan tjänstgöra där.

I RF 11:1 st. 2–3 erinras om att andra domstolar än de nu nämnda inrättas med stöd av lag samt att det i dessa ska finnas ordinarie domare. Undantag härifrån har gjorts för specialdomstolar som handlägger särskilda typer av mål, som Marknadsdomstolen eller Arbetsdomstolen (AD).[24] En ny regel i RF 11:3 innebär därutöver att ingen myndighet – till exempel Domstolsverket – får bestämma

[21] Se närmare Holmberg (1992).

[22] Motiveringen till detta (prop 2009/10:80 s. 122) är intressant; namnbytet anses nämligen markera domstolens självständighet gentemot regeringen.

[23] Olyckligtvis har här det språkligt sett helt omotiverade och rentav obegripliga uttrycket "allmän förvaltningsdomstol" lyckats smita in i grundlagstexten, vilket är beklagligt.

[24] Partssammansatta domstolar av den typ som AD representerar är också något som varit omstritt utifrån de krav som EKMR ställer. Bostadsdomstolen ansågs 1989 inte uppfylla kravet på en domstol i målet Langborger (dom 22 juni 1989, Series A No 155). Däremot överlevde AD 2004 den med spänning emotsedda prövningen i målet Kellermann (41579/98, dom 26 oktober 2004).

hur arbetsuppgifter vid en domstol ska fördelas mellan enskilda domare.[25]

Ur dessa (i och för sig mycket kortfattade) regler kan utläsas att svenska domstolar, förutom de nämnda specialdomstolarna, är antingen allmänna domstolar eller förvaltningsdomstolar, med HD och HFD som respektive högsta instanser. De förra prövar brottmål och tvistemål, medan de senare huvudsakligen prövar besvär över beslut av statliga eller kommunala förvaltningsmyndigheter.

Regleringen av domstolsväsendet i 11:1 är dock alltjämt föga uttömmande. Effekten detta får är inte minst att endast domarna i HD och HFD har ett i RF reglerat fullgott anställningsskydd. För övriga domstolar är kravet endast att det skall finnas minst en ordinarie domare (till exempel en rådman eller ett kammarrättsråd). I dessa domstolar arbetar också icke ordinarie domare, till exempel hovrättsassessorer eller -fiskaler, i betydande utsträckning.

Anställningstryggheten för justitie- och regeringsråd påverkas också av en bestämmelse i RF 11:8 st. 1–3, där det framgår att åtal

[25] En annan inte oväsentlig förändring är att JO:s och JK:s vidsträckta befogenheter gentemot domstolarna efter reformen 2010 minskat något. JO kan sålunda inte längre kräva att få delta vid domstols överläggningar och inte heller JK kommer längre att kunna närvara vid domstols eller förvaltningsmyndighets överläggningar. Se även nedan i kap. 4.

för brott i tjänsten i båda fallen väcks i HD av JO eller JK. Även om det här inte sägs något om att åtal förutsätter att den höge domaren grovt försummat sin tjänsteplikt så får nog förutsättas att så är fallet. HD eller HFD ska också pröva om någon av de båda kategorierna av domare ska skiljas eller avstängas från sin tjänst eller vara skyldig att undergå läkarundersökning. Talan väcks också i dessa fall av JO eller JK.[26]

Justitie- och regeringsråd har således fått ett förstärkt anställningsskydd jämfört med andra domare, i RF 11:8. Icke ordinarie domare saknar helt grundlagsskyddad anställningstrygghet. För andra ordinarie domare gäller bestämmelserna i RF 11:7 och 11:9.

Utgångspunkten är att en ordinarie domare är oavsättlig och får skiljas från tjänsten endast om denne genom brott eller grovt eller

[26] De brott som avses är alltså endast sådana som begås i själva tjänsteutövningen, till exempel om ett justitieråd skulle ta en muta för att döma på ett visst sätt. HD kommer i den situationen att själv få ta ställning till om en kollega begått ett brott och eventuellt då också senare om vederbörande även ska skiljas från tjänsten, vilket principiellt är ganska märkligt. Om domaren i fråga begår ett annat, "vanligt" brott prövas däremot ansvarsfrågan i vanlig ordning av tingsrätt, medan däremot den eventuella frågan om avsked, i händelse av fällande dom, kommer att prövas av HD (vilket naturligtvis också är ganska märkligt). Under 2005 aktualiserades dessa bestämmelser åtminstone indirekt för första gången, då justitierådet Leif Thorsson konstaterades ha köpt sexuella tjänster, vilket var ett klart lagbrott. Thorsson godtog ett strafföreläggande och blev därmed inte åtalad. Däremot tog JK efteråt ställning till om han borde skiljas från sin tjänst, eller rättare om JK skulle försöka få detta prövat i HD, men fann att så inte borde ske. Thorsson sitter därmed kvar i HD fram till sin pension, men tjänstgjorde fram till 2007 enbart i Lagrådet. I oktober 2005 uppmärksammade media att han deltagit i ett plenumavgörande, vilket är ett exempel på det för HD något besvärliga i denna situation.

upprepat åsidosättande av tjänsteåliggande har visat sig uppenbarligen olämplig att inneha tjänsten, eller helt enkelt är skyldig att avgå med pension. Exakt vad den förra orsaken innebär är svårt att ange, men det krävs uppenbarligen inte att vederbörande formellt fällts för brott. Den ordinarie domare som skilts från tjänsten genom beslut av annan myndighet än domstol kan alltid begära domstolsprövning av detta beslut. Detta gäller också beslut varigenom domaren avstängts från sin tjänst, ålagts att undergå läkarundersökning eller meddelats en disciplinpåföljd. En komplikation uppstår då, eftersom frågan prövas av Statens ansvarsnämnd i första instans, vars beslut den aktuelle domaren kan överklaga till AD. Och AD är ju som nämnts ovan en specialdomstol, vars ledamöter – med undantag av dess ordförande – är förordnade av regeringen för viss tid och där representanterna för arbetsmarknadens parter är i majoritet. Just på denna punkt tycks därför skyddet för domarna ha försvagats jämfört med 1809 års RF. I den nya formuleringen av RF 11:7 stadgas dock otvetydigt att ordinarie domare måste ingå när en sådan prövning som nu nämnts sker.

För att dessa bestämmelser ska kunna bli aktuella måste ju dock domaren i fråga först ha blivit anställd. Av RF 11:6 st. 1 följer att ordinarie domare utnämns av regeringen. Dessa domare ska enligt den nya formuleringen i RF 11:11 vara svenska medborgare, medan de krav som ställs på icke-ordinarie domare regleras i andra lagar. Beträffande ordinarie domartjänster lämnades tidigare rekommendation av en särskild nämnd, Tjänsteförslags-

nämnden för domstolsväsendet, vars beslut regeringen vanligtvis (men inte nödvändigtvis) följde. Tjänsterna som justitie- och regeringsråd var ännu 2010 så kallade kallelsetjänster, som tillsätts av regeringen utan något särskilt ansökningsförfarande. Det har sedan länge förts en debatt om det lämpliga i att majoriteten av dessa höga domare hämtas från kretsen av framträdande jurister i Regeringskansliet (se vidare nedan, avsnitt 6.1).

Tillsammans med en del andra omdiskuterade frågor rörande regeringens utnämningsmakt ingick också en översyn av denna fråga i Grundlagsutredningens uppdrag. Som ett resultat av detta presenterades i mars 2010 en särskild proposition om utnämning av ordinarie domare.[27] I korthet innebär denna att alla ordinarie domartjänster ska kunna sökas av alla som är intresserade. Kallelseförfarandet för de högsta domartjänsterna avskaffades och alla ärenden om anställning av ordinarie domare ska framöver beredas i en fristående statlig nämnd vid namn Domarnämnden, som består av nio ledamöter, som förordnas av regeringen. Av dessa ska fem vara eller ha varit ordinarie domare och två jurister utanför domstolsväsendet (varav en ska vara advokat). De övriga två ska representera allmänheten och utses av riksdagen. Nämnden ska sedan lämna motiverade kandidatförslag till regeringen (som dock inte är bunden av nämndens förslag). Om regeringen utnämner någon som inte föreslagits av nämnden så ska nämnden

[27] Se prop. 2009/10:181 *Utnämning av ordinarie domare.*

först få tillfälle att yttra sig över vederbörande.[28] Dessa förändringar har kodifierats genom den nya lagen (2010:1390) om utnämning av ordinarie domare.

Som alltid är det svårt att bedöma en ännu icke i praktiken prövad reform, men det är intressant att ta del av vissa av regeringens motiveringar för ändringarna i grundlagspropositionen och den efterföljande propositionen med förslag till lagändringar.[29] Här nämns bland annat – med hänvisning exempelvis till Europarådets rekommendation från 1994 om domares självständighet[30] – behovet av ökad insyn i utnämningsförfarandet vad gäller de högsta instanserna, så att domare inte bara är självständiga utan också ska "synas vara det". Den nya ordningen anses kraftigt minska risken för att ovidkommande hänsyn tas vid utnämningar. Eftersom regeringen utnämner domare är den dock som nämnts ovan aldrig formellt bunden av den nya nämndens förslag. Än mer förvånande är kanske att nuvarande ordning, där frågan om skiljande av en domare från dennes anställning i första instans prövas av Statens ansvarsnämnd, anses kunna bibehållas.[31] Det kan dock noteras att det i den nya lagen om utnämning av ordinarie domare regleras vilka domartjänster som ska ses som ordinarie[32] (och därmed ska sökas genom ett öppet

[28] Se närmare om motiveringen till förslaget prop. 2009/10:80 s. 133ff.

[29] Se prop. 2009/10:80 s. 130ff samt prop. 2009/10:181 s. 65ff.

[30] Vilken f.ö. 2010 ersatts av en ny rekommendation, R 2010 (12).

[31] Se prop. 2009/10:181, s. 137f.

[32] Bland dessa märks ordförandena i AD och andra specialdomstolar.

ansökningsförfarande), vilket i kombination med de nya reglerna i RF 11:9 om domarnas anställningstrygghet stärker de ordinarie domarnas ställning och därmed rättssäkerheten.

De gjorda ändringarna innebär väsentliga markeringar av vikten av självständiga domstolar, såväl gentemot riksdag och regering som gentemot andra myndigheter. Domstolarnas egenart lyfts fram i högre grad än tidigare och den utvidgade lagprövningsrätten (som berörs nedan) ökar hur man än ser på saken i praktiken domstolarnas makt, oavsett om någon reell maktdelning varit avsedd eller ej. Även de nya reglerna för domarrekrytering minskar banden mellan regeringen och domstolsväsendet.

Dessutom ska här nämnas att bestämmelser om domstolarnas uppgifter, huvuddragen av deras organisation och om rättegången enligt RF 11:2 ska meddelas i lag. Detaljer kring domstolarnas organisation, bortsett numera från den rena målfördelningen mellan domare, kan dock således meddelas på andra sätt, vilket torde ge ganska stora möjligheter för regeringen eller Domstolsverket att påverka många delikata frågor. Inte heller denna regel tycks därför vara helt ändamålsenlig för att säkra domstolarnas fulla självständighet. Här föreslår dock den så kallade Domstolslagsutredningen 2011 en rad mer konkreta förändringar, vilka kanske kan skapa ökad klarhet på området (mer om detta nedan i kapitel 5).[33]

[33] Se närmare om detta SOU (2011), särskilt kap. 7.

I detta sammanhang bör också nämnas en bred undersökning om domstolars oavhängighet i ett sjuttiotal länder, vilken utfördes 2003–2004 av två tyska forskare, Lars P. Feld och Stefan Voigt.[34] I denna görs åtskillnad mellan oavhängighet de jure respektive de facto, där den förra formen tar sikte på domarnas och domstolarnas rättsliga skydd, genom grundlag och annan lag, medan den senare även beaktar resurstilldelning, lönenivåer, antalet domar som verkställs, med mera. Sverige hamnade då på plats 48 i den förra kategorin respektive plats 26 i den senare. Oavsett om dessa ganska låga placeringar är korrekt uppmätta eller inte, så manar de onekligen till eftertanke: allt är kanske inte så bra ställt som många tror i Sverige, när allt kommer omkring?

3.2 Om lagprövning

Den allra viktigaste förändringen i RF 11 kap. som trätt i kraft 2011 – och som för övrigt påverkar oavhängigheten de jure enligt de nämnda tyska forskarnas distinktion – gäller den normprövningsrätt som ursprungligen infördes 1979, i RF 11:14. Denna regel hade tidigare följande formulering:

> *Finner domstol eller annat offentligt organ att en föreskrift står i strid med bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning eller att stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid dess tillkomst, får föreskriften icke tillämpas. Har*

[34] Se närmare om detta Sandgren (2008), s. 469ff.

riksdagen eller regeringen beslutat föreskriften, skall tillämpning dock underlåtas endast om felet är uppenbart.

Här fanns som synes i andra meningen ett omdiskuterat *uppenbarhetskrav* (eller uppenbarhetsrekvisit), som ålade domstolarna stor försiktighet vid utövandet av denna norm- och lagprövningsrätt. Senare grundlagsutredningar var ovilliga att ändra på detta, men Demokratiutredningen föreslog i sitt slutbetänkande från 2000 intressant nog ett avskaffande av uppenbarhetskravet[35], samtidigt som frågan också diskuterades livligt i den juridiska doktrinen.[36] Därefter hände det att majoriteten i Konstitutionsutskottet (bestående av Miljöpartiet och de borgerliga partierna) i ett betänkande 2001[37] begärde en utredning om avskaffande av uppenbarhetskravet, samt att även Grundlagsutredningen aviserade att frågan skulle ses över.[38] Så skedde som bekant också, och Grundlagsutredningens förslag från 2008 om ett avskaffande av uppenbarhetskravet i RF 11:14 har nu genomförts.

[35] SOU (2000a).

[36] Bland bidrag från denna tid, se bland annat Holmström (1998), Uppsala, som var kritisk till lagprövning, samt de mer positiva antologierna Berggren, Karlson & Nergelius (1999), *Makt utan motvikt – Om demokrati och konstitutionalism*. Stockholm, respektive Berggren, Karlson & Nergelius (2001), Stockholm, respektive Demokratiutredningens egna skrifter SOU, där olika synsätt lyfts fram.

[37] KU 2000/01:11.

[38] Se dir. 2004:96. Fredrik Sterzels spådom från 1998, "att frågan nu lär vara avförd från dagordningen för lång tid" (1998), s. 83–93) har således helt kommit på skam.

Vad innebär då detta? Denna förändring är av tydlig, principiell karaktär. Den nya normprövningsregeln i RF 11:14 har nu följande lydelse:

> *Finner en domstol att en föreskrift står i strid med en bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning får föreskriften inte tillämpas. Detsamma gäller om stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid föreskriftens tillkomst.*
>
> *Vid prövning enligt första stycket av en lag ska det särskilt beaktas att riksdagen är folkets främsta företrädare och att grundlag går före lag.*

Här ser varje läsare snabbt att uppenbarhetskravet har avskaffats och att någon åtskillnad beträffande prövning inte längre görs mellan olika typer av föreskrifter (vilket bland annat märks genom att uppenbarhetskravet alltså avskaffats helt, och inte bara i förhållande till regeringsförordningar). Det är också en förbättring att regeln klart uttalar att detta står i samband med att svensk rätt sedan länge erkänner en normhierarki, i vilken föreskrifter på högre nivå helt enkelt måste ges företräde framför lägre sådana om rättssystemet ska kunna fungera.

Det är ännu för tidigt att bedöma vilken effekt avskaffandet av uppenbarhetskravet kan komma att få i praxis, men det får ses som troligt att det, liksom flera andra faktorer under det senaste decenniet – varav Europarättens stärkta ställning naturligtvis är viktigast – kan bidra till en ökning av rättspraxis på området. Vid presenta-

tionen av betänkandet i riksdagen den 17 december 2008 framgick också att utredningens ledamöter i princip tycktes välkomna möjligheten till rättslig prövning av förmenta rättighetskränkningar vid svenska domstolar, särskilt mot bakgrund av att de båda europeiska domstolarna i Luxemburg och Strasbourg inte visar någon återhållsamhet som påminner om det gamla uppenbarhetskravet.

Samtidigt framstår några rättsliga frågor som alltjämt olösta i sammanhanget. Detta gäller till exempel möjligheterna för domstolar att vägra tillämpa en av Lagrådet godkänd lag[39] och Europakonventionens status i den svenska normhierarkin. Frågan om Europakonventionen om mänskliga rättigheter står över vanliga svenska lagar eller inte påverkar onekligen de praktiska möjligheterna till normprövning väsentligt, men har ännu inte fått sin definitiva, av grundlagsstiftaren välsignade lösning.[40]

Viktigare är dock en annan fråga, nämligen den närmare innebörden av det nya st. 2 i RF 11:14. Vad innebär det egentligen att det vid prövning av en lag ska beaktas att riksdagen är folkets

[39] Att en sådan möjlighet kan ha ett värde visas inte minst av den av Lagrådet med "två röster mot en" accepterade FRA-lagen, vars brittiska motsvarighet sedan i juli 2008, efter det att lagen godkänts av svenska riksdagen, av Europadomstolen befanns strida mot Europakonventionen (Liberty v. UK, 58243/00, dom 7 juli 2008).

[40] Grundlagsutredningen föredrog här, synbarligen i den politiska enighetens namn, ett bibehållande av nuvarande ordning, samtidigt som praxis och doktrin ovanligt enstämmigt pekar mot att denna hållning är mer eller mindre förlegad. Se SOU (2008b), s. 403ff., samt till exempel NJA 2001 s. 439 och NJA 2005 s. 462, liksom i doktrinen Nergelius (2006), s. 145–156. Även utredningen medger indirekt att så faktiskt skett; se SOU (2008b), s. 393ff.

främsta företrädare, men också att grundlag, som det uttrycks, "går före lag"? Grundlagsutredningens eget resonemang antyder att formuleringen avser att ge uttryck både för ett slags folksuveränitetsprincip, av samma slag som i RF 1:1 st. 1, och ett genom normhierarki uttryckt konstitutionellt ideal, vilket av utredningen själv anknyts till rättsstatens idé.[41] Att avsikten med förändringen är att tydligare än tidigare markera att grundlagsstridiga lagar inte ska kunna tillämpas tycks hursomhelst vara alldeles klart. Den domstol som i ett konkret fall kommer fram till att en sådan situation föreligger bör då rimligen inte kunna känna sig förhindrad att öppet konstatera detta (oaktat att den samtidigt för ett ögonblick må beakta eller begrunda att riksdagen alltjämt kvarstår som "folkets främsta företrädare").[42]

Desto mer anmärkningsvärt är emellertid att motsvarande möjlighet att på samma grunder i ett konkret ärende åsidosätta en lagbestämmelse eller annan norm alltjämt även anförtros också andra myndigheter än domstolar. Detta är nämligen den solklara innebörden av den nya formuleringen i RF 12:10, en normprövningsregel av identiskt samma lydelse som 11:14, men med sikte på myndigheter i stället för domstolar (vilket ju är logiskt eftersom 12 kap. RF numera har rubriken "Förvaltningen").

---

[41] SOU (2008b), s. 376, 381f. Se även prop. 2009/10:80, där dock frågan behandlas mycket kort.

[42] För övrigt kan ju även denna reverens till folksuveräniteten sägas inskärpa grundlagens företräde, om denna helt enkelt ses som ett högre uttryck för folksuveräniteten än den vanliga lagen; se Karlson (2009), s. 269–74, på s. 273, liksom Smith (1993).

Det kan verkligen ifrågasättas varför Grundlagsutredningen och regeringen på detta sätt velat bevara denna kvarleva av grumligt konstitutionellt tänkande från "gamla" 11:14, i ett skede då så gott som all modern konstitutionell doktrin understryker vikten av att normprövning anförtros domstolar och andra judiciella organ.[43] Det kan också nämnas att den nya finska grundlagens normprövningsbestämmelse[44] från 2000 uttryckligen reserverar möjligheten för lagprövning till domstolar, medan övriga myndigheter kan pröva andra föreskrifters förhållande till högre normer. Detta förefaller onekligen vara en klokare ordning. Här finns därför en av de stora bristerna i 2010 års svenska grundlagsreform.

3.3 Hur styrs domare och domstolar?

För att få rätt perspektiv på dessa nya reformer med särskilt avseende på utnämning av domare och deras efterföljande anställningstrygghet ska här, innan Domstolsverkets roll behandlas, en översikt göras över de många förslagen från de senaste decennierna rörande förändrad domarrekrytering och liknande frågor.[45] Dessa kan för enkelhetens skull indelas i större, mer principiella reformförslag respektive förslag till detaljregleringar avseende domarrekrytering.

---

[43] Jfr Brewer-Carías (1992), s. 132: "Theoretically, all public authorities and individuals could be entitled to inspect the irregularity of state acts and to consider whether the act is valid and obligatory. Since this would lead to judicial anarchy, positive law normally reserves this power to judges."

[44] I paragraferna 106–107.

[45] Få frågor har f.ö. utretts så ofta under de senaste decennierna som just domartillsättningar, vilket väl säger en del om frågans svårighetsgrad och kontroversialitet. Se för en översikt Ekeberg (2008), s. 107–116.

Bland de förra märks främst två utredningar, nämligen 1993 års domarutredning, som lämnade sitt betänkande 1994[46], och Kommittén om domstolschefens roll och utnämningen av högre domare, vars betänkande *Domarutnämningar och domstolsledning* kom 2000.[47] Båda dessa utredningar leddes för övrigt av den kände (numera pensionerade) hovrättspresidenten Johan Hirschfeldt. Vidare märks före 2010 och 2011 års ändringar, snarast relevant i den senare kategorin, ett betänkande från 2001 års domarutredning (avgivet 2003)[48], samt propositionen om rekrytering av domare från 2008.[49] Slutligen kan nämnas en PM om domarutbildning från 2007.[50] Denna PM och den nämnda propositionen syftar båda till att bredda rekryteringsunderlaget för domarkåren, så att det inte bara ska finnas en enda i förväg utstakad domarbana, i form av notariemeritering, fiskalsaspirant, fiskal, hov- eller kammarrättsassessor och slutligen en ordinarie domartjänst, som rådman, hov- eller kammarrättsråd (med möjlighet naturligtvis till ytterligare avancemang). Även om denna traditionella domarutbildning behålls så ses det som önskvärt att även andra jurister – som advokater, bolagsjurister och åklagare – ska ha möjlighet att söka sig till domarbanan och erhålla domartjänster. Denna tankegång fullföljs i viss mån genom de nya utnämnings- och ansökningsregler som nyligen antagits, vilka dock även har fokus

[46] SOU (1994).

[47] SOU (2000b).

[48] SOU (2003).

[49] Prop 2007/08:113.

[50] Ds 2007:11.

på utnämningen av domare i de allra högsta instanserna, Högsta Domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen.

De mer principiella resonemangen om domarnas och domstolarnas roll återfinns således i de två förstnämnda utredningarna, av vilka den första i hög grad utgick från att Sverige gått eller skulle gå med i EU och att europeiseringen av den svenska rätten under alla omständigheter skulle bidra till att ge domstolarna här en starkare ställning. Mot denna bakgrund, som kan sägas ha fört in ett nytt perspektiv i debatten, föreslog utredningen ett antal ändringar, både i RF 11 kap. och i andra lagar, beträffande utnämningar av domare, deras konstitutionella ställning, anställningstrygghet med mera. Flertalet av dessa har nu genomförts, drygt femton år senare. Utredningen från 2000 berör däremot i högre grad, som dess namn anger, frågor om hur domstolarna leds. Medan frågan om domstolschefens roll delvis faller utanför denna framställning – här diskuteras åtskilligt om ledarskap och liknande frågor – finns det däremot anledning att titta närmare på Domstolsverket, den myndighet som sedan 1975 ansvarat för administrationen av de svenska domstolarna.

Domstolsverket tillkom 1975 – ungefär samtidigt som RF. (Det kan anas mer än ett rent tidsmässigt samband bakom statsmakternas önskan att vid denna tidpunkt, då rättskipning och förvaltning nyss buntats ihop i ett gemensamt kapitel i RF, direkt kunna styra över domstolarna genom en ny myndighet.) Dessförinnan ansvarade domstolarna för sin egen administration direkt under

Justitiedepartementet, varvid hovrätterna hade ansvar för de allmänna underrätterna (tidigare härads- respektive rådhusrätt; från 1971 tingsrätt). Denna administrativa ordning ansågs dock opraktisk och otidsenlig, varför ett antal utredningar tillsattes under första halvan av 1970-talet med sikte på en förändring.[51] En av dessa utredningar, Domstolsstyrelseutredningen, yttrade 1974 att eftersom domstolarnas självständighet i dömandet skrivits in i nya RF så kunde inte inrättandet av en ny, central förvaltningsmyndighet för domstolarna rubba denna ordning; i eventuella svårartade lägen gällde det enligt utredningen för domstolarna att själva med stöd av grundlagen värna sin rätt.[52] Tanken att en administrativ kontroll över hela domstolsväsendet, utövad av en myndighet som är underställd regeringen, möjligen skulle kunna strida mot allmänna rättsstatsideal om domstolars oberoende tycks således ha varit helt främmande för denna utredning.[53]

Domstolsverkets verksamhet och befogenheter har aldrig reglerats i lag, utan följer av en instruktion som uppdaterats senast 2007.[54] I § 1 föreskrivs att Domstolsverket ska ge administrativt stöd och annan hjälp åt domstolarna samt i administrativt hänseende leda och samordna verksamheten för att skapa förutsättningar för en rättssäker verksamhet och se till att denna bedrivs

[51] Se närmare om detta SOU (2000b), s. 154ff.

[52] DsJu 1974:5 s. 34f.

[53] I Domstolsverkets instruktion (1 § 2 st.) togs dock för säkerhets skull in en erinran om domstolarnas självständighet vid fullgörandet av deras dömande uppgifter.

[54] SFS 2007:1073.

effektivt. Detta kan till exempel ske genom att Domstolsverket meddelar föreskrifter och allmänna råd. Någon egentlig begränsning av Domstolsverkets verksamhet, utöver respekten för självständigheten i själva dömandet, uppställs med andra ord egentligen inte.

Den borgerliga regeringen 1991–1994 gjorde ett ambitiöst försök att avveckla Domstolsverket, vilket inte lyckades helt, även om verkets uppgifter sedan mitten av 1990-talet minskat (så till den grad, för övrigt, att det i SOU 2000:99 anges att verket "gått in i en konsultroll i förhållande till domstolarna".[55]) Samtidigt har dock flera av Domstolsverkets initiativ under 2000-talet, sedan verket av regeringen uppmanats att vara "ledande i förändringsarbetet" för domstolarna, väckt irritation och ilska inom stora delar av domarkåren; detta gäller inte minst reformen i riktning mot individuella och i någon mening prestationsbaserade domarlöner. Kanske kan situationen beskrivas så att Domstolsverket är en nagel i ögat på i rättsstatsfrågor principiellt intresserade domare[56], medan flertalet andra mer försiktigt lagda domare saktmodigt finner sig i dess existens.

De internationellt vedertagna kriterier för domstolars självständighet och oavhängighet som Sandgren nyligen redogjort för och som berörts ovan visar för övrigt också att de enskilda domarna

[55] SOU (2000b), s. 163.

[56] Se till exempel Ekstedt (2009), s. 77–101, särskilt s. 91ff.

i Sverige har större självständighet än domstolarna som sådana, vilka inte själva beslutar om exempelvis sin egen, interna struktur eller anställning och befordran av domare.[57] Domstolsverket bidrar därför inte, oavsett kvaliteten på myndighetens övriga arbete, till att direkt försköna bilden av domstolsväsendet och rättsstaten i Sverige. Verkets existens framstår snarare som något av en konstitutionell anomali.[58]

3.4 Sammanfattning

Vad som mot bakgrund av ovanstående kan konstateras om tillståndet för domstolarna i den svenska rättsstaten är att den generella medvetenheten om vikten av att värna deras oberoende och självständighet tycks vara beklagligt låg. Detta gäller såväl bland politiker som bland myndigheter (exempelvis Domstolsverket och Riksrevisionen) och i allt väsentligt även media, även om den aspekten inte behandlats närmare här ovan.[59] Det går således inte att klandra regeringen för några speciellt onda anslag i sammanhanget, men däremot passar det allmänna ointresset för de konstitutionella frågorna – av vilka domstolarnas självständighet här står i fokus – väl in i den bredare bilden av ideologiskt viktiga men inte omedelbart röstknipande frågor som regeringen helt enkelt

[57] Sandgren (2008), s. 467.

[58] Verkets något egenartade karaktär blir inte mindre av att det gärna presenterar sig – till exempel på sin hemsida <www.domstol.se> – så som företrädande "Sveriges domstolar", ungefär som om detta vore en enhetlig massa förkroppsligad just genom Domstolsverkets existens.

[59] Se närmare härom Thelin (2001), s. 119ff., liksom i artikeln (2009), s. 211–227. Angående Riksrevisionen, se fotnot 2 ovan.

tycks ha tappat eller glömt bort. Om felet inom den ekonomiska politiken möjligen kan sägas ligga i ett alltför ensidigt fokus vid arbetslinje och jobbskatteavdrag, så kan man om dessa klassiska konstitutionella frågor, vilka är en central del av det liberala idéarvet, säga att de dels är allmänt bortglömda, och dels, i den mån de någon gång aktualiseras, skyms av starka och politiskt mer gångbara önskemål om besparingar, effektivisering och prioritering av brottsbekämpande åtgärder.

4. Två processuella förändringar – till gagn eller skada för rättssäkerheten?

I detta kapitel behandlas två aktuella reformer på processrättens område, vilka båda påverkar domstolarnas ställning och i synnerhet förhållandet mellan underrätt och överrätt. Av dessa två förslag, som har ett tydligt inbördes samband, har det ena redan genomförts medan det andra nu är föremål för remissbehandling. Att döma av den hårda kritik som blivit känd förefaller det just nu osannolikt att det senare förslaget kan genomföras, men osvuret är som bekant bäst i dessa sammanhang.

Det rör sig här om två förslag som båda bygger på att måltillströmningen från underrätt (förvaltningsrätt och tingsrätt) till överrätt (kammarrätt och hovrätt) bör minska. Detta var först och främst det övergripande syftet med den ganska stora processreform som benämns En modernare rättegång (EMR), även om de förändringar som denna medfört – vilka gäller sedan 1 november 2008 – också motiverats med behovet av att anpassa domstolarnas arbetssätt till ny teknik och utveckla deras förmåga att utnyttja exempelvis ny videoteknik.[60] Samtidigt har dock pröv-

[60] Se närmare Prop. 2004/05:131.

ningstillstånd införts för i princip samtliga mål i hovrätt och kammarrätt, utom beträffande allvarliga brottmål, vilket alltså innebär att missnöjda parter i andra mål numera saknar en ovillkorlig klagorätt mot domar och beslut från underrätterna. Förvisso har den ursprungligen mer eller mindre automatiska överklaganderätten till högre instans inskränkts ända sedan 1970-talet, men främst då i så kallade småmål, det vill säga tvistemål rörande begränsade tvistesummor. Under 1990-talet utvidgades detta till att omfatta enklare brottmål, så kallade bötesmål[61], men den genomgripande förändring som EMR stod för var ändå något principiellt nytt.

Inte helt oväntat har denna stora förändring också motiverats med ekonomiska skäl. Det är därför ingalunda ologiskt att en utredning 2010 tagit steget fullt ut och med hänvisning till effektivitet och liknande skäl helt enkelt föreslagit att den hävdvunna klagorätten till högre instans *helt* ska inskränkas, så att hovrätter och kammarrätter blir helt suveräna att avgöra vilka mål de vill befatta sig med (utifrån vissa i rättegångsbalken och andra lagar givna kriterier, nota bene).[62] Som nämnts ovan har dock protesterna mot detta förslag varit tämligen livliga, bland annat från tunga remissinstanser som JO och Advokatsamfundet.

Nedan genomgås först vad EMR inneburit, varefter det nya för-

[61] Se närmare om denna utveckling SOU (2010), s. 226f.

[62] Ibid.

slaget om helt avskaffad ovillkorlig klagorätt till högre instans ska granskas närmare.

4.1 En modernare rättegång

Den reform som trädde i kraft i november 2008 är ovanlig på så sätt att förslaget antogs av riksdagen redan 2004, varefter ikraftträdandet dröjde nästan fyra år. Denna tidsutdräkt motiverades med att domstolarna behövde tid på sig för att ställa om till ny teknik, men är naturligtvis ändå lite originell.[63]

Ärendet som sådant var dock väl förberett från regeringens sida. Redan 1999 hade, sedan ett tidigare förslag om krav på utvidgat prövningstillstånd i hovrätten 1997 faktiskt röstats ner i riksdagen[64], en särskild rättegångsutredning tillsatts, vilken lämnade sitt slutbetänkande med den adekvata titeln En modernare rättegång 2001.[65] Särskilda förslag fanns då redan framlagda om en "effektivare och mer ändamålsenlig hovrättsprocess".[66] Gemensamt för dessa förslag var önskemål om en utvidgning av systemet med prövningstillstånd samt dokumentation av alla domstolsförhör i tingsrätterna genom videoupptagningar.[67]

[63] Just på processrättens område finns här dock ett "föredöme" i form av själva rättegångsbalken, som antogs 1942 men av olika skäl trädde i kraft först 1948.

[64] Detta gällde prop. 1996/97:131.

[65] SOU (2001).

[66] Se bland annat SOU (1995) samt departementspromemorian Ds 2001:36.

[67] Se till exempel prop. 2004/05:131 s. 78: "I arbetet med att göra processen i allmän domstol så effektiv och ändamålsenlig som möjligt ligger också att ta till vara den tekniska utveckling som skett i samhället."

Vikten av snabbare avgöranden och ökad "genomströmning" av mål genom domstolarna har här betonats starkt. En ytterligare fördel med förbättrad teknik kan tänkas vara att en uppspelning av ett vittnesmål eller annat förhör från tingsrätten kanske ger en bättre bild av vad som förevarit i målet än ett helt nytt förhör i hovrätten, vilket i en del fall kan äga rum flera år efter att händelsen i fråga inträffade. Vidare har anförts att det är positivt om parternas ansvar för att mål drivs fram mot avgörande ökar, bland annat av processekonomiska skäl. En ökad "funktionsfördelning" mellan tingsrätt och hovrätt är tydligt eftersträvad.[68] Så här uttryckte sig exempelvis regeringen i EMR-propositionen:

> *Ett effektivt domstolsväsende förutsätter att varje instans ägnar sig åt det som den är avsedd för. Det ställer krav på att arbetsformerna är anpassade efter domstolens uppgifter i instansordningen.*
>
> *Att tvistefrågorna så långt möjligt kan lösas redan i första instans av en resursstark och kompetent tingsrätt bidrar till att stärka rättssäkerheten och öka tillgängligheten till domstolsprocessen. Det skapar också förutsättningar för en smidig och rättssäker hovrättsprocess i de fall tingsrättens avgörande överklagas. Det anses*

[8] Se till exempel ibid., s. 172: "Förutsättningarna för en seriös och gedigen tingsrättsprocess och därmed ett riktigt avgörande ökar, om de inblandade aktörerna vet att det är här och nu det gäller och att en eventuell rättegång i hovrätten inte med närmast automatik blir lika omfattande som den i första instans. Om hovrätten kan koncentrera sin verksamhet och sina resurser till sådant som direkt motsvaras av hovrättens funktion, kommer hovrätterna att bli effektivare och får därmed bättre förutsättningar att hantera sina uppgifter."

därför sedan länge att instansordningen skall bygga på en funktionsfördelning mellan de olika nivåerna i domstolsorganisationen och att tyngdpunkten i rättskipningen skall ligga i första instans. ... Regeringen föreslår därför en reformering och renodling av hovrättsprocessen för att ge hovrätterna möjligheter att koncentrera sitt arbete till det som är deras egentliga uppgift, nämligen att granska de tingsrättsavgöranden som överklagas och rätta eventuella felaktigheter i dessa avgöranden.[69]

Låt oss nu titta lite närmare på reformens innehåll och konsekvenser samt hur de genomförda förändringarna motiverats. Reformen har av kunniga bedömare beskrivits som den största processuella förändringen i Sverige sedan rättegångsbalken infördes 1948[70] och måste således i dag analyseras som det väsentliga steg framåt – eller om man så vill bakåt, i riktning mot sämre rättssäkerhet – som den faktiskt är.

Mot denna bakgrund måste konstateras att reformen fått förvånansvärt lite uppmärksamhet, både i den allmänna debatten och i den juridiska doktrinen.[71] En av dess upphovsmän, professorn Peter Fitger, "presenterade" den närmare i en artikel

[69] Ibid., s. 82.

[70] Jfr Levén & Wersäll, (2011), s. 18–31.

[71] Detta konstaterades redan 2007 av numera docenten Bylander (2007), s. 516–526. Iakttagelsen är än mer relevant i dag.

2008[72], varefter en annan av dess tillskyndare, den utomordentligt kunnige hovrättspresidenten Fredrik Wersäll, beskrivit förändringen i mycket positiva ordalag i två artiklar.[73] I övrigt har det i stort sett varit tyst.

Av dessa artiklar är den första utvärdering som gjorts av just Wersäll (tillsammans med hovrättslagmannen Staffan Levén) på många sätt den intressantaste utgångspunkten för vidare diskussioner, eftersom denna – låt vara att den endast gäller förhållandet mellan hovrätter och tingsrätter och således inte behandlar förvaltningsdomstolarna – inte bara beaktar lagstiftarens intentioner utan även reformens faktiska konsekvenser, så långt dessa låter sig studeras. Vad gäller de tekniska förändringarna gäller numera att samtliga förhör i tingsrätten spelas in på video, varefter de vanligtvis helt enkelt spelas upp i hovrätten då målet prövas där. Nya förhör i hovrätten får hållas endast om nya frågor behöver ställas till den hörde.

Vad har detta då lett till? Wersäll och Levén tonar ner det i media uppmärksammade problemet att många hovrättsdomare kommit att uppfatta arbetet som tråkigt, eftersom det alltmer kommit att innebära att titta på film i stället för att möta människor av kött

[72] Se Fitger (2008), s. 453–465, med bland annat en utförlig historisk bakgrund. En i huvudsak rent beskrivande artikel är också Hellners (2009), s. 119–142. Även här ges dock på s. 122ff en viss historisk bakgrund till den nya reformens genomförande, liksom i prop. 2004/05:131 s. 170f.

[73] Se ovan i not 11 samt artikeln Wersäll (2009), s. 229–236.

och blod. I stället betonar de att andra domare är mer positiva eftersom de nu kan koncentrera sig på sin "överprövande roll" (trots att hovrätterna alltså inte som HD är tänkta att vara renodlade prejudikatinstanser). Vidare framhåller de att antalet framställningar om förnyad bevisupptagning i hovrätten varit lägre än väntat (vilket dock som de nämner helt enkelt kan bero på att hovrätterna tillämpar de nya reglerna om prövningstillstånd alltför strikt). De konstaterar också att antalet vittnen som kallats att höras i brottmål i hovrätterna minskat från drygt 5 000 under första halvåret 2008 till drygt 600 under samma period 2010.[74] Däremot berör de inte om denna utveckling i grunden är positiv eller inte; att den är positiv från ett rent processekonomiskt perspektiv är nog givet, men hur förhåller det sig utifrån rättssäkerhetens krav?

Än viktigare utifrån detta sistnämnda perspektiv är kanske dock förändringen avseende villkoren för prövningstillstånd. Sådant kan numera meddelas av fyra olika skäl: om det är av vikt för framtida rättstillämpning (prejudikatfall), om det inte utan en ny prövning går att bedöma riktigheten av underrättens avgörande (granskningsfall), om det finns anledning att betvivla riktigheten i detta (ändringsfall) eller om det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet (extraordinära fall). Om hovrätten vid avgörandet av om sådant tillstånd ska meddelas – då den naturligtvis har tillgång till videoinspelningar från tingsrätten – finner att

[74] Levén & Wersäll (2011), s. 22f.

inget av dessa skäl föreligger så kommer alltså ingen prövning i högre instans till stånd.

Andelen beviljade prövningstillstånd sedan reformens genomförande har i Svea hovrätt varit 30 procent i brottmål respektive 33 procent för tvistemålens del. Andelen har dock stigit sedan HD i målet NJA 2009 s. 798 korrigerat tre olika hovrättsbeslut om att inte medge prövningstillstånd.[75] Bland dessa mål visar sig sedan ändringsfrekvensen vara mycket hög (i brottmål hela 47 procent, om både skuld-, påföljds- och skadeståndsfrågor inkluderas[76]) vilket antyder antingen att hovrätterna gör en ingående prövning av målet redan då man tar ställning till om prövningstillstånd ska medges, eller att prövningstillstånd borde medges oftare[77] (eller helt enkelt att reformen är missriktad, frestas man tillägga). Författarnas något försiktiga slutsats är hursomhelst att reformen bör utvärderas grundligt innan ytterligare förändringar genomförs, vilket det är lätt att instämma i.

[75] Alla dessa mål gällde vårdnadsfrågor. Se även Hellners (2009), s. 129f med hänvisning till fler fall där HD redan före 2008 års reform återförvisat mål till hovrätterna för att dessa gjort en mer restriktiv bedömning av om prövningstillstånd borde beviljas.

[76] För övrigt visade det sig att även om beslut om att inte meddela prövningstillstånd skulle medräknas bland de fastställda domarna, så skulle ändringsfrekvensen ändå ligga så högt som på 39 procent.

[77] Levén & Wersäll (2011), s. 26ff.

4.2 Förslaget från "Målutredningen"

Det tämligen modesta önskemålet om ytterligare utvärdering innan ytterligare ändringar genomförs, syftande exempelvis till att än mer begränsa möjligheten till överprövning i högre instans, var dock inget som hörsammades av den så kallade Målutredningen. I dess betänkande Mål och medel från 2010 blir just därför flera av rättssäkerhetsproblemen vid denna typ av förändringar tydligare än om reformen En modernare rättegång betraktas isolerat.

Ett exempel på detta är den bristfälliga genomgång utredningen gjort av förslagets förenlighet med Europakonventionen om mänskliga rättigheter och andra internationella åtaganden. Denna fråga behandlades redan i EMR-propositionen[78], men även denna ursprungliga analys kan kritiseras för att inte ha varit tillräckligt djuplodande och allsidig. Dock bemödade sig regeringen i den om att dela upp problematiken i dels rätten för den enskilde att få sin sak prövad i flera instanser, dels *utformningen* av en eventuell tillståndsprövning. En modernare rättegång har sedan utformats med detta som riktmärke och ännu inte varit föremål för prövning i Europadomstolen eller för den delen i svensk domstol, bortsett från att HD som nämnts i några fall sänt signaler till hovrätterna om att de varit för restriktiva i sin prövning av när prövningstillstånd bör beviljas.[79] Det verkligt anmärkningsvärda

[78] Prop. 2004/05:131 s. 174f.

[79] Se till exempel NJA 2009 s. 798 och NJA 2008 s. 1066.

är dock att Målutredningen utan vidare analys helt enkelt skrivit av EMR-propositionens text om förenligheten med Europakonventionen om mänskliga rättigheter, trots att det gäller ett nytt förslag som går väsentligt längre än tidigare och trots att åtskilliga år förflutit sedan 2005.[80] Detta är naturligtvis inte ett godtagbart agerande av en statlig utredning, som lägger fram ett rättspolitiskt kontroversiellt förslag. När den så kallade Fri- och rättighetskommittén på liknande sätt 1993 "ertappades" med att ha skrivit av tidigare utredningar på området samt viss doktrin[81] var upprördheten inte utan skäl påtaglig.

Det hela är dock som antytts särskilt anmärkningsvärt eftersom redan EMR-propositionen förenklade sakernas tillstånd betänkligt. Här nämndes att artikel 2 i det sjunde tilläggsprotokollet till Europakonventionen om mänskliga rättigheter anger att var och en som dömts av domstol för brott ska ha rätt att få skuldfrågan eller påföljden omprövad av högre domstol, med undantag för mindre grova gärningar samt då vederbörande dömts i första instans av den högsta domstolen eller dömts sedan en frikännande dom från en lägre instans överklagats. Hänvisning görs också till liknande regler i FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter från 1966.

Men vad innebär då detta mer konkret? Här är naturligtvis i

[80] SOU (2010), s. 285f.

[81] SOU (1993).

första hand Europadomstolens praxis vägledande. Propositionstexten hänvisar till ett stadgande i den nämnda artikeln om att själva utövandet av denna rätt till överklagande ska regleras i lag, vilket enligt propositionen ger varje stat "en betydande frihet att själv bestämma på vilka villkor och i vilken omfattning en överprövning kan ske", så länge inte begränsningarna i överklagandeerätten går så långt att de gör den helt illusorisk eller meningslös.[82] Detta är nog korrekt, men däremot måste man ifrågasätta det fortsatta resonemanget om att rätten att ansöka om ett prövningstillstånd i sig skulle utgöra en sådan rätt till omprövning som nämns i artikel 2 i tilläggsprotokoll 7 till Europakonventionen om mänskliga rättigheter. Här hänvisas i stort sett endast till några uttalanden från den numera nedlagda Europakommissionen för mänskliga rättigheter om att ett sådant system (i det fallet i Norge) skulle vara godtagbart, samt till ett svenskt fall där en person (den förre SÄPO-chefen P-G Näss) friats i tingsrätten men fällts i hovrätten för buggning, varefter *rätten* att begära prövningstillstånd i HD av konventionsorganen i Strasbourg hade ansetts vara en tillräcklig garanti, trots att HD ej beviljade denna ansökan.[83] Denna analys framstår som svårt ofullständig. Det senare fallet är ganska självklart redan utifrån konventionstextens krav. Det förra uttalandet, från en (numera avskaffad) förberedande instans, vilken aldrig varit lika viktig som själva Europadomstolen, kan väl knappast, tjugo år senare, tillmätas någon större vikt.

[82] Prop. 2004/05:131 s. 175.

Tyvärr är analysen av rätten till en muntlig förhandling i hovrätten, utifrån de krav som artikel 6 i Europakonventionen om mänskliga rättgiheter ställer, minst lika kortfattad och ofullständig. Efter en summarisk behandling av några avgöranden från Europadomstolen uttalar EMR-propositionen här helt enkelt följande:

> *De avgöranden och uttalanden som Europadomstolen hittills gjort visar enligt regeringens mening att ett system med prövningstillstånd är förenligt med Europakonventionens krav i artikel 6 på rättvis och offentlig förhandling även om ett sådant system inte innehåller någon generell rätt till muntlig förhandling i hovrätten. Inte heller Sveriges övriga konventionsåtaganden lägger hinder i vägen för en sådan ordning.*[84]

Denna slutsats är inte bara knapphändig utan framstår, med beaktande av senare rättsutveckling, rentav som direkt felaktig, eftersom nya avgöranden från Europadomstolen pekar i en annan riktning, som framgår nedan. Ändå nöjde sig alltså den utredning som 2010, drygt fem år senare, ville införa krav på prövningstillstånd över hela linjen, med att hänvisa till dessa tämligen ytliga betraktelser, som om inget nytt hade hänt under fem år i den annars så dynamiska europeiska rättsutvecklingen

[83] Näss v. Sweden, Appl. No. 18061/91.

[84] Prop. 2004/05:131 s. 176.

och utredningen inte skulle vara skyldig att i så fall redogöra för detta.[85]

På senare år har bland annat det hänt att Europadomstolen funnit att Island brutit mot artikel 6 i Europakonventionen om mänskliga rättigheter genom ett system där muntlig förhandling i högre instans med automatik ställdes in då någon av parterna var frånvarande.[86] Vidare har alldeles nyligen förhör med videolänk, efter överklagande till högsta domstolen i Ryssland, inte ansetts utgöra en tillräcklig rättssäkerhetsgaranti.[87] Ryssland fanns därför ha brutit mot artikel 6 i Europakonventionen, eftersom den tilltalade inte haft tillräckliga möjligheter att samråda i enrum med sin advokat (som var fysiskt närvarande vid förhandlingen i Moskva). Den ovillkorliga rätten till muntlig förhandling i åtminstone en instans har slagits fast i två nya fall, varav ett gäller Sverige.[88]

[85] Det enda nya utredningen tillfört härvidlag är en hänvisning till en s.k. rekommendation 2008 från något som kallas "de europeiska domstolarnas konsultativa råd" om behovet av mekanismer på nationell nivå för att hindra för stor måltillströmning till "högre domstolar" – vilket ju i Sverige sedan länge finns för HD:s och Regeringsrättens/Högsta förvaltningsdomstolens del. Se SOU (2010), s. 286. Detta råd har f.ö. hösten 2010 sammanfattat sina tidigare yttranden och rekommendationer i ett dokument betitlat "Magna Carta of Judges", vilket dock tycks ha gått Målutredningen spårlöst förbi.

[86] Susanna Ros Westlund v. Iceland, dom 6 december 2007, ref. i SvJT 2008 s. 112.

[87] Sakhnovskiy v. Russia, dom 2 november 2010, ref. i SvJT 2011 s. 228f.

[88] Se Kugler v. Austria, dom 14 oktober 2010, ref. i SvJT 2011 s. 218, samt Andersson v. Sweden, dom 7 december 2010, ref. i SvJT 2010, s. 243 (som gällde överklagande av beslut om arbetsskadeersättning från Försäkringskassan, till länsrätt, kammarrätt och RegR. Sistnämnda instans beviljade inte prövningstillstånd, men länsrätt och kammarrätt prövade frågan utan muntlig förhandling, vilket ansågs strida mot art. 6 i EKMR).

Inget av dessa fall innebär kanske i sig själv att själva En modernare rättegång-reformen strider mot Europakonventionen, men visar däremot mycket tydligt att Sverige inte bör ha bråttom att ta ytterligare steg på väg mot avskaffad överklaganderätt. Eller för att uttrycka det annorlunda: även om det finns möjligheter enligt Europakonventionen att låta överrätter avgöra mål enbart på handlingarna så bör dessa möjligheter utnyttjas försiktigt och med urskiljning.

Målutredningen målar, om man nu kan säga så, därutöver rent allmänt upp en alltför positiv och idyllisk bild av den reella innebörden av att prövningstillstånd föreslås gälla i alla mål, och menar rentav att begreppet prövningstillstånd som sådant är missvisande, eftersom det "kan felaktigt leda tanken till att någon prövning inte görs i de fall prövningstillstånd inte meddelas". Tvärtom, påstår utredningen frankt och kategoriskt, "är den prövning som sker när hovrätten eller kammarrätten avgör frågan om prövningstillstånd mycket noggrann och ibland också mycket omfattande". Följaktligen skapar enligt utredningens egen bedömning dess förslag "tillräckliga garantier för att prövningstillstånd verkligen meddelas i mål och ärenden där underrättsavgörandet är materiellt felaktigt".[89] Som vi sett ovan visade dock Svea hovrätts interna utvärdering 2010 något annat, varför det här närmast framstår som om Målutredningen ägnar sig åt rosen-

[89] SOU (2010), s. 287f.

rött önsketänkande.[90] Det är ju också rent allmänt lite djärvt av en statlig utredning att i så kategoriska ordalag garantera att överinstansernas prövning alltid, utan undantag, är så ingående som här påstås.

Flera remissinstanser har, föga förvånande, riktat hård kritik mot Målutredningen. De remissvar som inkommit kan indelas i positiva, direkt negativa och avstyrkande samt avvaktande eller försiktiga. Bland de förra finns förutom brottsbekämpande myndigheter som Polisen och Tullverket av någon anledning Konsumentverket, och dessutom olyckligtvis Domstolsverket, som i detta definitivt tagit ställning för effektivitet framför rättssäkerhet. Åklagarväsendet, genom Riksåklagaren, framstår som avvaktande, och avvisar inte förslaget om generellt prövningstillstånd men vill se ytterligare utredning innan det genomförs, och har dessutom ett eget förslag om att prövningstillstånd i brottmål endast ska krävas för klagande som dömts till lindriga straff.[91]

Bland de verkligt negativa finns Föreningen Auktoriserade Revisorer (FAR), och Näringslivets skattedelegation, vilka dock har ett något ensidigt fokus på behandlingen av skattemål (som dock i och för sig är väsentliga i sammanhanget, eftersom de kan

[90] Utredningen hänvisar här i stället (s. 284) till en rapport som Domstolsverket gjort 2002 (DV 2002:4). Flera remissinstanser har dock påpekat att utredningen tycks ha missuppfattat eller feltolkat slutsatserna i denna rapport.

[91] Mot detta kan naturligtvis dock invändas att själva den överklagade domen kan vara lika felaktig ändå, trots att straffet blivit lindrigt.

vara nog så komplicerade för den enskilde som drabbats och det i dem torde vara svårt att få biträdesersättning för arbetet med ansökan om prövningstillstånd). Vidare finns här föga oväntat Advokatsamfundet, som är ensamt om att påtala vissa av de ovan nämnda bristerna i Målutredningens arbete. Advokatsamfundet invänder också mot förslaget att tingsrätterna i stort sett själva suveränt ska kunna avgöra sin egen sammansättning i tvistemål, vilket lär leda till stora lokala variationer och knappast är ägnat att stärka rättssäkerheten.[92]

Allra tyngst kritik har dock kommit från Justitieombudsmannen (JO), som påtalar att förmenta effektivitets- och kvalitetshänsyn inte är det enda som räknas i dessa sammanhang, utan att hänsyn också måste tas till allmänhetens förtroende för rättskipningen och rättsväsendet. JO fortsätter:

> *Jag befarar att ett fullständigt brott med en tidigare under lång tid oinskränkt rätt att få sin sak prövad av överrätt kan urholka detta förtroende. Jag anser således att införandet av ett generellt krav på prövningstillstånd är ett olämpligt sätt att förbättra domstolarnas förutsättningar att avgöra samtliga mål med hög kvalitet och inom rimlig tid.*[93]

---

[92] Se om detta SOU (2010), s. 305ff.

[93] Även JO avstyrker f.ö. förslaget om att tingsrätterna själva skulle kunna råda över sin sammansättning i tvistemål.

Det är onekligen förvånande att Målutredningen – vars arbete förvisso också på vissa andra punkter ger upphov till tvivel på den jämna och goda kvaliteten i det statliga utredningsväsendet – så helt tycks ha förbisett, eller åtminstone tagit mycket lätt på, frågan om hur allmänhetens förtroende för rättsväsendet bäst ska bevaras (och vilken betydelse detta förtroende har, för den delen). JO:s anmärkning är därför högst befogad.

Överhuvudtaget framstår det som ovisst om förslaget kommer att genomföras, med tanke på den tämligen hårda kritiken. Mer sannolikt är att frågan om utvidgat prövningstillstånd kommer att bli föremål för ytterligare utredningar. Ändå kan man inte låta bli att tycka att det är märkligt att en utredning tillåtits arbeta med dessa frågor, med regeringens goda minne, några få år efter att en redan ganska långtgående förändring innebärande minskad överklaganderätt genomförts – och innan denna ens hunnit utvärderas ordentligt. Än en gång tycks för stunden gångbara ledstjärnor inom rättsväsendet som effektivitet och brottsbekämpning ges företräde framför rättssäkerheten.

Som jurist måste man också, när man läser Målutredningen samt de utredningar som ligger till grund för En modernare rättegång, reagera mot den ganska påfallande idétorka som präglar de förändringsförslag vilka där läggs fram. Förslagen för att uppnå ökad effektivitet, minskade dröjsmål, minskad arbetsbelastning och målanhopning och så vidare, går nästan alltid ut på att göra det svårare att överklaga eller att öka tingsrätternas möjlighet att

snabbt avgöra mål. Nerläggning, sammanslagning och namnändring av olika domstolar är variationer på samma tema. Mer principiellt inriktade juridiska förslag lyser helt med sin frånvaro. Varför inte exempelvis låta utreda införandet av det nya brottet *domstolstrots*, efter mönster från det brittiska *contempt of court*, vilket, med några månaders fängelse som högsta tänkbara straff i straffskalan, skulle kunna drabba parter eller vittnen som regelmässigt uteblir från förhandlingar? Detta skulle sannolikt kunna leda till väl så stor effektivisering, men nya djärva grepp av detta slag tycks av någon anledning inte stå särskilt högt på Justitiedepartementets önskelista.

5. En reformerad domstolslagstiftning

5.1 Allmänt

Den så kallade Domstolslagsutredningen, som letts av hovrättspresidenten Lennart Svensäter, fick 2010 i uppdrag av regeringen att lämna förslag till en ny lag om domstolar och domare. Dess betänkande, *En reformerad domstolslagstiftning* (SOU 2011:42), lämnades i maj 2011.

Utredningen begränsade tidigt sitt uppdrag genom att besluta att bestämmelser som enbart rör själva rättegångsförfarandet, vilka främst återfinns i rättegångsbalken (RB) och förvaltningsprocesslagen (FPL), inte bör ingå i den nu föreslagna lagen. Lagen har i stället kommit att rymma flertalet av de regler som i dag finns i kap. 1–3 RB samt i lagen om allmänna förvaltningsdomstolar (vilken föreslås avskaffas helt), vilka berör instansordningarna samt domstolarnas inre organisation.

Utifrån denna avgränsning lämnar utredningen ett på det stora hela invändningsfritt förslag till en ny lag om domstolar och domare, vilket sannolikt utesluter mer omfattande förändringar. Inom ramen för uppdraget berör utredningen förtjänstfullt också

flera viktiga och principiellt intressanta frågor om målfördelning mellan domare, domstolschefens ställning och innebörden av det ovan i kapitel 1 berörda begreppet *domstolsintern självständighet*. Vad som emellertid samtidigt är anmärkningsvärt är de frågor som utredningen undviker eller underlåter att ta upp. Detta gäller främst den rättspolitiskt känsliga men angelägna frågan om behovet av en reformering av nämndemannainstitutet (trots att en ny lag om nämndemän föreslås), men också, i anslutning till diskussionen om förhållandet mellan domstolschefen och andra domare, den i domarkretsar svårt infekterade frågan om så kallad individuell lönesättning för domare.

Nedan behandlas först huvuddragen i utredningens förslag, varefter några intressanta aspekter av dess mer allmänna och principiellt inriktade resonemang tas upp. Slutligen behandlas det problematiska och något överraskande faktum att utredningen helt utelämnat två av de rättspolitiskt mer kontroversiella frågor som rymdes inom ramen för dess uppdrag, och vad detta kan tänkas innebära framgent.

5.2 Förslaget från Domstolslagsutredningen

Som nämnts ovan innehåller den nu föreslagna lagen om domstolar och domare regler som berör instansordningarna samt domstolarnas inre organisation. Lagen "inkorporerar" också större delen av den nyligen införda, ovan nämnda lagen (2010:1390) om utnämning av ordinarie domare. Vidare införs genom lagen, om utredningens förslag genomförs, en lagreglering av vissa domar-

befattningar som assessor, fiskal och notarie, vilka i dag endast regleras i förordning. Likaså lagregleras den flitigt utnyttjade möjligheten för domstolarna att använda sig av extradomare (till exempel pensionerade juristdomare). Även möjligheten för justitieråd i HD respektive HFD att tjänstgöra i den andra domstolen (så kallad korsvis tjänstgöring) behandlas.

Vad gäller den föreslagna lagens innehåll kan helt kort nämnas att lagen, som innehåller sammanlagt 17 kapitel, inleds med en lite originell paragraf som konstaterar att den kompletterar eller är avsedd att komplettera RF:s bestämmelser om domstolarnas organisation och domares rättsliga ställning. Domstolar är enligt 2:1 allmänna domstolar, allmänna förvaltningsdomstolar och specialdomstolar, vilka sedan behandlas i olika kapitel. Här kan än en gång beklagas att det språkligt misslyckade och sakligt helt omotiverade uttrycket "allmän förvaltningsdomstol" fortsätter att hänga kvar i lagtext, trots att det vedertagna uttrycket förvaltningsdomstol inte behöver detta onödiga prefix.

Domstolarnas organisatoriska självständighet garanteras bland annat genom en bestämmelse i 2:7 om att regeringen eller myndighet, det vill säga Domstolsverket, får bestämma att en viss domstol – sannolikt en större – får vara indelad i avdelningar, men att varje domstol i övrigt, i avsaknad av sådan reglering, själv bestämmer hur den ska vara organiserad. Den så kallade Domarnämndens verksamhet, som nämnts ovan i kapitel 1, föreslås regleras i 17:5–13, utan att några sakliga ändringar tycks vara avsedda.

Av vikt är också förslaget om nya bestämmelser rörande fördelning av mål mellan enskilda domare, vilket behandlas i nästa avsnitt. De mer administrativa förslagen om chefsstruktur och dylikt vid domstolarna behandlas kortfattat nedan, medan det däremot som nämnts finns anledning att uppehålla sig desto mer vid förslaget till ny lag om nämndemän, om än främst från det perspektivet att utredningen genom detta förslag försuttit möjligheten att visa vägen mot en sannolikt nödvändig modernisering av nämndemannainstitutet.

5.3 Principiellt intressanta frågor som utredningen behandlar

Domarlagsutredningen behandlar ett flertal väsentliga frågor, bland annat hur själva domstolsbegreppet rätteligen bör definieras.[94] Det torde vara alldeles riktigt att det svenska domstolsbegreppet är snävare än de begrepp som används i artikel 6 i Europakonventionen om mänskliga rättigheter respektive artikel 267 i det nya Fördraget om EU:s funktionssätt (beträffande vilka nationella organ som räknas som domstolar enligt EU-rätten och därmed kan inhämta så kallade förhandsbesked).[95] Vidare är det värdefullt att utredningen innehåller en uppräkning av vad eller vilka som utgör domare enligt den föreslagna lagens synsätt. Hit

[94] Se SOU (2011), s. 89f., där dock påståendet att termen "de allmänna domstolslagen" är vanligt förekommande förefaller oriktigt.

[95] Som nämnts ovan i not 20 har bland annat Resegarantinämnden och Brottsskadenämnden ansetts vara domstolar i Europadomstolens praxis, medan EU-domstolen till exempel godkänt Överklagandenämnden för högskolan som en domstol, trots att den inte ses som en sådan enligt svensk rätt.

hänförs förutom ordinarie och andra yrkesdomare (assessorer och fiskaler) även stundtals notarier, beredningsjurister och föredragande, liksom pensionerade ordinarie domare, för särskilda mål adjungerade domare, särskilda ledamöter av typen experter och sakkunniga, samt nämndemän.[96]

Bland de punkter där utredningens förslag kan ses som klargörande och möjligen moderniserande märks även att den formella tillsynsmöjligheten i RB 2 kap. för hovrätterna över tingsrätterna föreslås avskaffas, och att regler om vad som framgent ska konstituera så kallad domarbehörighet införs. Behörigheten ska kopplas till ett förordnande, vilket kan gälla för viss tid eller tills vidare beroende på omständigheterna.[97] I anslutning till förslaget att justitieråd ska kunna tjänstgöra korsvis i Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen, då så många ledamöter i någon av de båda domstolarna är jäviga att domstolen i fråga inte är domför, avskaffas också en möjlighet att utnämna ledamöter i Högsta förvaltningsdomstolen vilka saknar juristutbildning (en möjlighet som dock inte utnyttjats sedan 1967).[98]

Några andra frågor torde emellertid vara principiellt och praktiskt viktigare än så, i synnerhet i ett framtidsperspektiv. Detta

[96] SOU (2011), s. 91.

[97] SOU (2011), s. 185. Särskilt klart är däremot inte ett avsnitt på s. 160f rörande om och i vilka mål som HD kan fungera som högsta instans; här skingras definitivt ingen oklarhet.

[98] SOU (2011), s. 249ff.

gäller till en början distinktionen mellan domstolarnas självständighet å ena sidan och den så kallade domstolsinterna självständigheten å den andra, där utredningen bemödar sig om att reda ut begreppen.[99] Några exempel på vad domstolsintern självständighet kan innebära har givits ovan i kapitel 1, men utredningen pekar också på sådana frågor som individuell lönesättning av domare, chefsutnämningar och fördelning av arbetsuppgifter vid domstolen.[100]

Gemensamt för dessa frågor är att de hittills knappt alls varit föremål för lagreglering. Däremot har flera tidigare domstolsutredningar befattat sig med dem[101], varvid bland annat konstaterats att regeln i RF 11:3 om att ingen myndighet får bestämma hur en domstol ska döma i ett enskilt fall skyddar också den enskilde domaren, såväl i relation till andra myndigheter som i förhållande till aktörer inom domstolsväsendet. En domstolschef anses dock ha en möjlighet att ingripa mot "underlydande" domare som "i vart fall inte är mindre än motsvarande utrymme för JO och JK".[102] Samtidigt har det dock 2008 konstaterats av den så kallade Utredningen om förtursförklaring att även om också en domstolschef är självständig i sin dömande verksamhet på samma sätt som andra domare, så är han inte lika självständig i sin administrativa styrning av domstolen, utan är i det bunden av och ska fullgöra

[99] Ämnet har tidigare även behandlats av bland andra Ekstedt (2009), s. 90f.

[100] SOU (2011), s. 96f.

[101] Ibid., s. 98ff.

[102] Ibid.

de mål som riksdag och regering ställt upp. Följaktligen kan inte domstolschefens självständighet åberopas som ett försvar för eventuella kränkningar från chefens sida av den enskilde domarens självständighet.[103]

Domstolslagsutredningen visar å andra sidan en viss förståelse för att domstolschefen bör ha vida möjligheter att leda och fördela arbetet beträffande sådana aspekter som arbetstid och resursfrågor, medan den enskilde domaren naturligtvis är självständig beträffande den rättsliga handläggningen och avgörandet av ett mål.[104] Frågan är ju dock om en sådan gränsdragning låter sig göras. Här konstaterade den ovan nämnda Förtursutredningen att det avgörande är om själva *syftet* bakom en viss åtgärd är att påverka utgången av ett visst mål eller inte. Med detta synsätt är det normalt sett tillåtet för en domstolschef att vid långsam handläggning bestämma vilka mål som ska ges prioritet, liksom att omfördela personalresurser och rentav omfördela mål eller ändra tilldelningen av mål till en viss enhet inom domstolen.[105] Domstolslagsutredningen tar försiktigtvis inte ställning till dessa känsliga frågor, utan nöjer sig med att konstatera att domarens självständighet inte ger någon automatisk rätt för en enskild domare att själv delta i beredning och förberedelser inför det slutliga avgörandet, men däremot rätt till "ett avgörande inflytande över om

[103] SOU (2008a).

[104] Jfr SOU (2011), s. 100.

[105] Detsamma hävdas av Melin (2011), s. 34f.

målet ska anses färdigberett för ett slutligt avgörande", liksom då det gäller att bestämma om målet kan avgöras på handlingarna eller först efter huvudförhandling.[106]

De nu nämnda frågorna hänger naturligtvis nära samman med problematiken rörande fördelningen av mål mellan olika domare eller mellan olika enheter inom en domstol, vilka behandlas i utredningens kapitel 7. Som nämnts ovan stadgas nu i en grundlagsregel, RF 11:3, att ingen myndighet får bestämma hur mål ska fördelas mellan enskilda domare, men frågan är vilken mer konkret betydelse detta nya stadgande kan komma att få.

Det kan nämnas att Grundlagsutredningen ursprungligen föreslog att motsvarande regel skulle lyda: "Varje domstol bestämmer själv hur dömande uppgifter ska fördelas mellan enskilda domare", vilket efter viss remisskritik ändrades. Regeringen menade i grundlagspropositionen att denna formulering kunde ge ett intryck av att fördelningen av mål och ärenden alltid skulle avgöras av domstolschefen, vilket skulle ge denne alltför stor makt, samtidigt som möjligheten att i lag eller andra föreskrifter införa generella regler om fördelning av mål och ärenden i domstol skulle förhindras.[107] Därför föreslogs den mer neutrala formulering som alltså gäller nu.

---

[106] SOU (2011), s. 108.

[107] Prop. 2009/10:80 s. 128f.

Domstolslagsutredningen föreslår mot denna bakgrund en ny, kompletterande regel i RB 4:1, med följande lydelse:

> *Varje domstol bestämmer själv hur mål och ärenden ska fördelas mellan enskilda domare. Fördelningen får inte vara ägnad att påverka målens eller ärendenas utgång.*
>
> *Fördelningen ska vara baserad på i förväg fastställda objektiva kriterier som är ägnade att medföra en rimlig arbetsfördelning och ett effektivt utnyttjande av såväl domstolens resurser som domarnas särskilda kunskaper. Om det föreligger särskilda skäl får domstolen besluta att visst mål ska fördelas på annat sätt än vad som följer av dessa kriterier.*[108]

Regeln är avsedd att gälla både vid fördelning av nya mål och vid omfördelning av redan inkomna mål (varav det senare ofta anses vara ännu känsligare).[109] Men hur är då regeln avsedd att tillämpas i praktiken?

Kärnan i den enskilde domarens självständighet är enligt utredningen att ingen ska kunna påverka hur ett enskilt mål avgörs, varför det naturligtvis ska vara förbjudet att flytta ett visst mål till eller från en viss domare i syfte att påverka dess utgång. I

[108] Av föreslagna bestämmelser i RB 4:13 och 4:16 framgår att den som är jävig att handlägga ett mål inte heller ska få påverka hur målet fördelas.

[109] SOU (2011), s. 232, 242f.

övrigt anses uppenbarligen kravet på "i förväg fastställda objektiva kriterier"[110], vilka alltså varje domstol ska fastställa, vara ett tillräckligt skydd mot godtyckliga målfördelningsbeslut från domstolsledningens eller -chefens sida, trots att lagform alltså inte krävs här. Framtiden får utvisa om detta verkligen är korrekt, men ett visst framsteg jämfört med den tidigare oreglerade situationen innebär onekligen förslaget, i synnerhet då det läses tillsammans med den nya formuleringen av RF 11:3.

5.4 Viktiga frågor som utredningen inte tar upp

Domstolslagsutredningen föreslår som nämnts införandet av en ny, särskild lag om nämndemän, men utan att föreslå några som helst sakliga förändringar i de nuvarande reglerna.[111] Detta måste beskrivas som förvånande och föga djärvt, med tanke på de senaste årens allt livligare diskussion om behovet av förändringar på detta område.

Denna diskussion kan sägas ha inletts, eller möjligen återupplivats, i samband med det så kallade Arbogamålet, en mordrättegång som handlades i Västerås tingsrätt och Svea hovrätt 2008. En kvinna från Tyskland dömdes av tingsrätten för mord, varefter några nämndemän i en tidningsintervju berättade att de varit övertygade om hennes skuld ända sedan rättegångens början.

---

[110] Detta anknyter till Europarådets tidigare nämnda rekommendation om domares självständighet, p. 24 (fördelning av nya mål) respektive p. 9 (omfördelning).

[111] Se närmare SOU (2011), s. 154ff.

Därigenom bröt de inte bara mot regler som mer eller mindre förbjuder domare att berätta för utomstående om vad som inverkat på domslutet (särskilt under överläggningarna[112]), utan de spred också tvivel om att den tilltalade fått en rättvis rättegång i enlighet med till exempel artikel 6 i Europakonventionen om mänskliga rättigheter. Den fällande domen fastställdes emellertid av hovrätten.

Själva debatten om det nuvarande systemets lämplighet har emellertid fortsatt och snarast intensifierats därefter, inte minst till följd av vissa politiskt uppmärksammade händelser och uttalanden. Dåvarande ordföranden i Kristdemokraternas ungdomsförbund Ella Bohlin protesterade redan 2007 mot att representanter för Sverigedemokraterna hade utsetts till nämndemän i Migrationsdomstolen och efter valet 2010 har uttalanden från sverigedemokratiskt håll om vikten av ideologiskt baserat dömande – det vill säga i praktiken att utlänningar ska dömas hårdare än infödda svenskar, om uttalandena ska tolkas ordagrant – rört upp sinnena än mer. Detsamma gäller förekomsten av representanter för det nazistanstrukna partiet Nationaldemokraterna i några tingsrätter i södra och mellersta Sverige (bland annat i Södertälje).

[112] Härvidlag finns ett ännu mer känt och avskräckande exempel från 1988, då samtliga sex nämndemän i den så kallade styckmordsrättegången i en stor artikel på *Aftonbladets* mittuppslag redogjorde för varför de fällt de tilltalade, allmänt benämnda "obducenten" och "allmänläkaren". Rättegången i tingsrätten fick till följd därav tas om med nya domare.

Som främsta motiv för att bibehålla systemet med nämndemän anförs ofta att deras medverkan ska ge allmänheten insyn i den dömande verksamheten och säkerställa att domstolarnas dömande verksamhet överensstämmer med rådande allmänna värderingar i samhället. Kritiken mot systemet handlar å sin sida ofta om att eftersom nämndemännen åldersmässigt och etniskt avviker kraftigt från normal- eller medianmedborgaren så finns det överhuvudtaget inga garantier för att nämndemännen ska lyckas med detta. Tvärtom innebär det faktum att de ofta är gamla och sällan representerar några mångkulturella eller multietniskt präglade befolkningsinslag en klar risk för att de snarast bidrar till att fjärma domstolarna från exempelvis mer ungdomligt präglade värderingar.[113]

Framförallt själva tillsättningssystemet för nämndemännen har på senare tid hamnat under debatt. Självaste ordföranden i riksdagens justitieutskott, Morgan Johansson (S), krävde i en debattartikel i mars 2011 att "rasistdomare" borde förbjudas att tjänstgöra i svenska domstolar, men frågan är hur detta skulle kunna vara möjligt utan att själva systemet för utnämning av nämndemän förändras i grunden. I dag nominerar nämligen, enligt RB 4:5–7, de politiska partier som finns representerade i kommunfullmäktige inom en viss domkrets de personer vilka sedan kan

[113] Enligt en undersökning från Domstolsverket 2007 (DV 2007:2) så är könsfördelningen bland nämndemännen ganska jämn, medan 50 procent av dem är över 60 år och endast 15 procent under 40 år.

komma att tjänstgöra som nämndemän.[114] I huvudsak har denna ordning rått sedan 1863.[115] Nämndemannauppdraget är således ett politiskt uppdrag på kommunal nivå och knappast något av dem som åtnjuter högst status, vilket möjligen förklarar det något skeva urvalet. Med tanke på nämndemännens individuella rösträtt och möjlighet att i tingsrätten överrösta yrkesdomarna kan det naturligtvis inte heller uteslutas, även om just detta ännu inte hänt, att tingsrättsdomar framöver kommer att ifrågasättas på rent politiska grunder; de diskussioner om sverigedemokraters och nationaldemokraters roll i dömandet som nyligen förts är då möjligen bara en försmak. Risken för en debatt om att nämndemannainstitutet leder till en politisering av den dömande makten bör definitivt inte underskattas.

Som argument för införande av en ny lag om nämndemän anför Domstolslagsutredningen att reglerna om nämndemän då blir "enklare att överblicka, klarare och mer lättillgängliga" än förut: "Exempelvis kan den som överväger att kandidera för att bli nämndeman förhållandevis lätt sätta sig in i vilka bestämmelser som gäller."[116] Som argument för en lagändring på detta rättspolitiskt allt känsligare område framstår detta med förlov sagt inte som särskilt djärvt eller intressant.

[114] Sedan regeringen eller Domstolsverket bestämt hur många nämndemän som ska finnas i respektive tingsrätts och hovrätts domkrets för tjänstgöring där.

[115] SOU (2005), s. 22.

[116] SOU (2011), s. 154.

Vad som i stället borde övervägas är ett alternativ till de politiska partiernas nominering av nämndemän, om vi nu accepterar utgångspunkten att ett visst mått av lekmannainflytande och medborgarinsyn i domstolarna är av godo.[117] Även detta uråldriga system framstår i dag som en konstitutionell anomali. Varför inte som i USA göra domstolstjänstgöring till en medborgerlig plikt, som det inte utan tungt vägande skäl går att avsäga sig, och sedan slumpvis lotta ut tjänstgöringsdagar i domstolarna bland alla myndiga medborgare? Detta borde väl om inte annat säkerställa att domarkåren blir mer allsidigt sammansatt, men motståndet mot förändringar tycks här vara stort både bland politiker och jurister. Sannolikt kan man här ana ett tyst samförstånd bland de politiska partierna, som anser sig behöva det nuvarande systemet för att erbjuda ett slags "avstjälpningsplats" för politiskt aktiva personer vilka av olika skäl är mindre lämpliga för andra, mer krävande uppdrag. Detta smått korporativa partiintresse bör naturligtvis inte i längden få stå i vägen för en angelägen reform på detta område.[118] Åtminstone borde förutsättningarna för en sådan reform snarast utredas.

[117] Jfr härtill Lagerbjelke (1996), s. 81ff.

[118] Tidigare har här sannolikt funnits större ideologiska skillnader, då Socialdemokraterna varit mer positiva till nämndemän än de borgerliga partierna och sett dem som garanter för ett brett folkligt inflytande på de förment konservativa juristdomarnas bekostnad. Se bland annat Sundberg-Weitman (1984), s. 132f. Denna typ av ideologiska perspektiv spelar av allt att döma liten roll i dagens debatt. I en motion från några socialdemokratiska riksdagsmän 1981 föreslogs för övrigt införandet av nämndemän även i HD och RegR; motionen avslogs dock, föga förvånande (se JuU 1981/82:10). För en utförlig historik om nämndemannainstitutets framväxt och utveckling se bland annat SOU (1994), s. 173ff.

Den andra stora och aktuella frågan som Domstolslagsutredningen av något skäl inte behandlar gäller hur domarnas löner bör bestämmas. Här anger utredningen från början att denna fråga inte ingått i utredningsuppdraget[119], men problemet är att åtskilligt av utredningens resonemang om innebörden av den enskilde domarens självständighet hänger i luften, i avsaknad av anknytning till denna minst sagt infekterade tvistefråga. Följande passus illustrerar problemet:

> *Vi kan här återigen konstatera att alla åtgärder som en domstolschef vidtar i syfte att påverka en domare att besluta på visst sätt i ett mål eller ärende är ett angrepp på domarens grundlagsskyddade självständighet. Att en domstolschef ger en domare särskilda förmåner är således en kränkning av domarens självständighet om det sker i avsikt att påverka hans eller hennes dömande. Även åtgärder som är negativa för den enskilde är naturligtvis på samma sätt otillåtna om de sker med den angivna avsikten.*[120]

Men hur ska vi då se på en situation där en domstolschef väljer att lönemässigt premiera en viss domare som enligt hans mening dömer "rätt", eller helt enkelt snabbt och effektivt, på andra domares bekostnad, i ett läge då en av effekterna av domstolschefens allt starkare ställning faktiskt är att denne (tillsammans med Domstolsverket) fått ett avgörande inflytande i lönefrågor?

---

[119] SOU (2011), s. 16.

[120] Ibid., s. 289.

Härom ger utredningen ingen som helst orientering, vilket faktiskt måste ses som en ganska allvarlig brist.

Detta gäller desto mer som betänkandet kom vid en tidpunkt då löneförhandlingarna mellan Domstolsverket och Juseks domstolssektion helt brutit samman.[121] Bakgrunden är i korthet den att Domstolsverket generellt vill ha individuella och prestationsbaserade löner för alla ordinarie domare enligt mönster från den övriga myndighetsvärlden, varvid domarens effektivitet lär premieras. Domarnas organisationer Jusek och Sveriges Domareförbund motsätter sig detta på principiella grunder, med stöd i ett flertal internationella dokument och rekommendationer. Konflikten har pågått under hela 2000-talet, men den kan sägas ha tillspetsats då avtalet från 2007 nyligen löpte ut, eftersom ett centralt löneavtal på den statliga sidan samtidigt konstruerats så att lönesättande samtal blivit huvudregel. Överfört till domstolsvärlden innebär detta att domstolschefen blir mer eller mindre fri att bestämma vilken lön den enskilde domaren ska få, vilket domarorganisationerna inte är beredda att gå med på. Deras irritation och ilska är rentav så stor att de den 18 mars 2011 i en ganska unik åtgärd tillskrev justitieminister Beatrice Ask med ett öppet brev för att uppmärksamma henne på problemet.[122]

[121] Se närmare bland annat *Jusektidningen* 4/2011.

[122] Brevet återges i *Tidskrift för Sveriges Domareförbund* 1/2011. För ordningens skull ska noteras att brevet den 18 mars kommer från Juseks domstolssektion, varefter Domareförbundet anslutit sig till dessa synpunkter genom en hemställan till justitieministern den 29 mars.

Resonemanget i brevet är följande. Jusek anser att ett prestationsbaserat lönesystem riskerar att urholka domarnas grundlagsskyddade oberoende, eftersom lönen med ett sådant system kan komma att användas som ett påtryckningsmedel mot domaren. Det kan därmed även bidra till att minska allmänhetens förtroende för domstolarna. Stöd för denna uppfattning finns både i Europarådets rekommendationer om domstolars och domares oberoende samt i FN:s *Basic principles on the independence of the judiciary*.[123] Inget annat europeiskt land har enligt Domareförbundet infört liknande individuella prestationsbaserade löner. Det hör också till saken att det europeiska domareförbundet, European Association of Judges, liksom flera av dess ledande företrädare uttalat sig synnerligen kritiskt redan om avtalet från 2007, vilket allmänt sågs som en kompromiss mellan Domstolsverket och domarfacket.[124]

Justitieministern har dock, föga oväntat, framhållit att domarlöner liksom andra löner ska sättas av de avtalsslutande parterna, utan inblandning av regering och riksdag. Det kan tilläggas att konflikten förutom rådmän och högre domare även drabbar föredragande, notarier och andra domstolsanställda. Domstolsverkets generaldirektör Barbro Thorblad har i en tidningsintervju uttalat

[123] Se dess artikel 11, som efterlyser lagreglering av frågan: "The term of office of judges, their independence, security, adequate remuneration, conditions of service, pensions and the age of retirement shall be adequately secured by law."

[124] Dessa uttalanden återges i den ovan nämnda *Tidskrift för Sveriges Domareförbund* 1/2011, s. 18–27.

att "[d]omarnas oberoende är en självklarhet för oss, men vi vill också att domare precis som andra grupper ska ha individuell lönesättning"[125], till synes uppenbarligen helt ovetande om att det ena av dessa två goda ting sannolikt omöjliggör det andra. Skulle en fullskalig arbetsmarknadskonflikt här utbryta så vore denna naturligtvis osedvanligt principiell till sin karaktär. Och vem vet, då skulle kanske domarnas självständighet i dömandet plötsligt bli ett mer allmänt samtalsämne än det hittills varit.

[125] *Jusektidningen* 4/2011.

6. Ytterligare reformförslag

Ovan i kapitel 4 och 5 har föreslagits några tänkbara förändringar avseende den bristande effektiviteten i rättsväsendet respektive det ökande problemet med politisering av nämndemannaväsendet, och därmed även av domstolarna (åtminstone tingsrätterna). Båda dessa förslag till lagändringar bottnar i kritik mot överdriven försiktighet eller rentav missriktat reformnit från Målutredningens respektive Domstolslagsutredningens sida.[126] Båda förslagen – det vill säga införande av "domstolstrots" som ett nytt brott respektive införandet av en medborgerlig plikt att tjänstgöra i domstol med åtföljande utlottning av uppdraget bland allmänheten – skulle utan tvekan bidra till att förtydliga bilden av domstolarnas centrala samhälleliga roll i det "allmänna rättsmedvetandet". De framstår dessutom – måhända just därför – troligen som svårsmälta och djärva i överkant för den genomsnittlige svenske juristen. Gissningsvis är jordmånen för denna typ av genomgripande förändringsförslag i dag inte heller överdrivet god inom departementsvärlden, men det hindrar inte att de inom en tioårsperiod kan komma att aktualiseras och rentav framstå

[126] SOU (2010), resp. SOU (2011).

som nödvändiga (eller i vart fall synnerligen önskvärda, eftersom andra lösningar eller ett bevarande av tingens ordning ter sig väsentligt sämre).

Detta är förvisso spekulationer. Nedan behandlas emellertid några andra rättsområden med anknytning till domstols- och rättsväsendet där större eller mindre reformer av olika skäl synes vara angelägna. Syftet med dessa förslag är helt enkelt att få rättsväsendet att fungera bättre. Slående vid läsningen av olika utredningar inom området, inte minst under 2000-talet, är nämligen hur enkla lösningar på svåra problem oftast undviks eller i vart fall inte föreslås. Detta kan naturligtvis bero på att utredningarna i fråga känt sig bundna av sina direktiv, men om de förslag som läggs fram i denna rapport skulle kunna leda till en något mer förutsättningslös och mindre direktiv- eller politikbunden diskussion om domstolarnas framtida roll så vore detta en verkligt god sak.

6.1 Domare i Regeringskansliet och i de högsta instanserna

Att domare till de högsta instanserna sedan länge i stort sett endast (eller i vart fall huvudsakligen) rekryterats från Regeringskansliet har lett till en efterhand alltmer kritisk diskussion om dessa domstolars bristande självständighet i förhållande till den politiska makten. Tanken bakom kritiken är i korthet att de domare som gjort karriär främst inom departementsvärlden och då meriterat sig inte minst genom medverkan i lagstiftningsarbete, när de väl utnämnts till de högsta domarämbetena, lär ha svårt att bortse från sina tidigare lojaliteter gentemot den politiska

och lagstiftande makten. De får med andra ord än svårare än vad de annars skulle haft att skilja de dömande och lagstiftande makterna åt.

De ändringar i utnämningsförfarandet för domare som beskrivits ovan i kapitel 1 gäller som framgått också för Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen, varför en bredare och mer allsidig rekrytering till dessa instanser nu kan förväntas ske. Vissa av de nu nämnda problemen kan därför förväntas minska. Samtidigt kvarstår dock ett antal frågetecken inom detta område. Är det till exempel på sikt överhuvudtaget önskvärt att tillmäta medverkan i lagstiftningsarbete för yngre jurister ett så stort meritvärde i domarkarriären som det i dag tycks ha? Borde inte visad skicklighet i själva dömandet premieras mer? Och är det lämpligt att domare i de högsta instanserna eller hovrättspresidenter även sedan de utnämnts fortsätter att medverka i statliga utredningar? Detta tycks i dag ses som något helt oproblematiskt, men innebär en tveksam sammanblandning mellan lagstiftande och dömande makter, som borde ifrågasättas mer. Frågor som dessa visar kanske först och främst att domstolarna oftare borde ses som verkligt självständiga organ, med en egen maktutövning – med allt vad det kan innebära.

6.2 Domstolarna under övervakning från JO och JK

Om något enskilt svenskt konstitutionellt institut är internationellt beryktat så är det Justitieombudsmannen (JO), Sveriges främsta konstitutionella exportprodukt. Detta ämbete regleras kort i RF 13:6 (och 12:6), som endast anger att riksdagen väljer en eller flera (numera

fyra, av vilka en är chef) ombudsmän för att, i enlighet med den av riksdagen genom lag beslutade så kallade JO-instruktionen[127], utöva tillsyn över tillämpningen av lagar och andra författningar i den offentliga verksamheten. Ombudsmän får föra talan inför domstol i de fall som anges i instruktionen. De har också tillgång till myndighetens protokoll och handlingar och tjänstemän hos staten eller kommunen eller andra som står under JO:s tillsyn ska tillhandahålla ombudsmannen de upplysningar och yttranden som denne begär.[128]

Anledningen till denna kortfattade reglering av JO-ämbetet i RF är enligt motiven[129] att riksdagen själv genom den nämnda instruktionen ska kunna förbereda reformer av ämbetet. Närmare bestämmelser om hur JO utses finns i riksdagsordningen (RO) 8:11. Justitieombudsmän väljs för fyra år och kan väljas om.[130] Ombudsman kan dock entledigas om han inte längre åtnjuter riksdagens förtroende. Eventuellt åtal mot JO beslutas enligt RO 9:8 av Konstitutionsutskottet.[131]

---

[127] SFS 1986:765.

[128] Om någon av dessa personer skulle vägra att medverka så kan JO enligt § 21 i JO-instruktionen förelägga den motvillige tjänstemannen ett vite om maximalt 10 000 kr, och vid behov även utdöma detta, vilket understryker "allvaret" i dessa regler.

[129] Se prop. 1973:90, s. 430.

[130] Det kan noteras att dessa val hittills aldrig varit politiskt kontroversiella, utan skett i enighet mellan riksdagspartierna. Valet skulle dock, om oenighet uppstår, enligt RO 8:11 st. 2 kunna ske genom sluten omröstning.

[131] Detta må tyckas teoretiskt, men faktum är att KU 1987 fick ta ställning till om åtal skulle väckas mot den då nyligen avgångne chef-JO Per-Erik Nilsson, sedan denne anklagats för vissa ekonomiska oegentligheter. KU beslöt dock att så inte skulle ske. Ett eventuellt åtal mot JO väcks enligt RB 3:3 st. 1 vid HD.

JO-ämbetet, som ursprungligen inrättades 1766, har naturligtvis en i sammanhanget intressant historia.[132] Allmänt sett kan sägas att åtalsfunktionen var viktigare under perioden fram till 1976, då det så kallade ämbetsansvaret avskaffades. Numera märks JO:s granskning främst genom de årliga ämbetsberättelser som myndigheten utger. Det är dock nog inte för mycket sagt att det i dag är en allmän uppfattning bland jurister och media att JO blivit betydligt mer "tandlös" än vad som tidigare varit fallet. Åtalsmöjligheten mot felande tjänstemän finns alltså kvar, men utövas numera mycket sällan, trots ett ökat antal anmälningar. Den normala åtgärden då ett fel befinns ha skett är i stället att JO meddelar en så kallad erinran, vars juridiska betydelse är ringa (även om den kan vara besvärande för den enskilde domaren eller tjänstemannen).

JO kan aldrig ändra en kritiserad dom eller ett beslut. Därvidlag är extraordinära rättsmedel som resning av större vikt. Från medborgarnas synpunkt är JO kanske mest betydelsefull vid myndighetsbeslut som inte kan överprövas i domstol. Möjligheten att klaga på och få utrett hur myndigheterna hanterat olika ärenden är naturligtvis då av stor principiell vikt för enskilda, även i de fall där ingen ändring i sak sker till följd av klagan.

JO:s tillsyn omfattar enligt § 2 i JO-instruktionen statliga och kommunala myndigheter (inklusive domstolar) samt tjänstemän vid

[132] Se allmänt beträffande ämbetet och dess historia bland andra Ekroth (2001).

dessa, liksom andra som genom tjänst eller uppdrag utför myndighetsutövning. Däremot omfattas inte riksdagens ledamöter och organ, Riksbanken, Justitiekanslern (JK), regeringen eller enskilda statsråd, samt ledamöter i beslutande kommunala församlingar. En skillnad görs här uppenbarligen mellan domstolar och myndigheter å ena sidan och valda politiska organ å den andra.

Traditionellt bör Justitieombudsmannen snarare ses som en del av medborgarnas värn mot överheten än som en del av riksdagens kontrollmakt. För att utöva denna funktion har JO, som framgår av RF 13:6, mycket vidsträckta befogenheter. Dessa har dock efter grundlagsreformen 2010 minskat något; JO kan sålunda inte längre kräva att få delta vid domstols överläggningar.[133] Motsvarande gäller för övrigt även för Justitiekanslern efter en ändring 2010 i JK-instruktionen.

JK å sin sida nämns bara på tre ställen i RF (12:1, som anger att denne lyder under regeringen; 12:6, som kräver att han eller hon ska vara svensk medborgare; 11:8 st. 2 som anger att JK kan få väcka talan mot ledamot av Högsta domstolen eller Högsta för-

[133] De konstitutionella implikationerna för domstolarnas del av detta förhållande granskas närmare av Regner (1999), s. 257ff. Klagomål hos JO bör enligt JO-instruktionen anföras skriftligen, inom två år från det att den händelse inträffat som den enskilde klagar mot. JO kan ta upp ärenden på eget initiativ, men torde å andra sidan inte vara skyldig att pröva alla inkomna klagomål, utan kan om de är uppenbart ogrundade lämna dem utan åtgärd.

valtningsdomstolen), men på desto fler ställen i Tryckfrihetsförordningen (TF) och yttrandefrihetsgrundlagen (YGL). På motsvarande sätt som JO ses som folkets och därmed i någon mening riksdagens ombudsman så brukar JK traditionellt ses som regeringens dito. JK företräder staten i ett flertal processer, handlägger frågor om statens skadeståndsansvar mot enskilda och är i vissa avseenden ensam behörig att väcka åtal för överträdelser av tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen. Dessutom utövar han tillsyn över landets advokatväsende. Dessa uppgifter är onekligen ganska viktiga, men även Justitiekanslern har under senare år fått kritik, bland annat för alltför långt driven lojalitet mot regeringen. Ett allmänt intryck är att både JO och JK är medvetna om att viss kritik på senare tid framförts och nu försöker bättra på sina respektive ämbetens profil.

Justitiekanslerns verksamhet styrs av lagen (1975:1339) om JK:s tillsyn och förordningen (1975:1345) med instruktion för JK. Regeringen kan enligt RF 12:2 (och 11:7) inte bestämma över JK:s beslutsfattande i ärenden som rör tillämpning av lag. Den kan dock, genom de nyss nämnda föreskrifterna, beordra att tillsyn ska ske av viss myndighet eller domstol. Här skulle reglerna om myndigheters och domstolars självständighet i RF 12:2 och 11:3 kunna trädas för när. Såvitt gäller domstolarna är denna tillsynsmöjlighet ännu ett exempel på deras tämligen underordnade ställning; här har de således rentav, om än i måhända något ovanliga fall, ställts under regeringens tillsyn, vilket faktiskt är mycket betänkligt och borde åtgärdas som ett led i en reform av domsto-

larnas ställning[134], alldeles oaktat att JK som nyss nämnts inte längre kommer att kunna närvara vid domstols eller förvaltningsmyndighets överläggningar (se § 9 i JK-lagen).

Här har således skett några till synes viktiga förändringar, men inför framtiden är det ändå betänkligt att domstolarna i princip är underställda både riksdagen genom JO och regeringen genom JK. Om man tänker sig att något slags tillsyn även över domstolarna trots allt är av godo och svår att undvara – enligt maximen *vem bevakar bevakarna?* – så är det trots allt mer naturligt att denna sker av JO, riksdagens ombudsman, än av JK.[135] JO:s tillsyn över domstolarna har ju för övrigt betydligt starkare stöd i RF (13:6) än JK:s motsvarande möjligheter.

6.3 Delgivning och andra "effektivitetsfrågor"

En enkel reform för att avlasta domstolarna från onödigt och betungande administrativt arbete, inte minst i brottmål, vore att helt enkelt låta dem slippa det ansvar de i dag har för att delge parter, vittnen med flera, kallelser till rättegångar och liknande. I synnerhet i brottmål vore det förhållandevis enkelt att överlåta detta ansvar till Åklagarmyndigheten, som ju är part i brottmålen och dessutom har den formellt, i utrednings- och förundersökningshänseende underordnade polismyndigheten att tillgå för att utföra det praktiska arbetet.

---

[134] Jfr Regner (1999), s. 264f.

[135] Exakt samma synpunkter framfördes f.ö. av avgående chefs-JO Mats Melin vid den s.k. domardagen den 19 november 2010. Melin (2011).

Med tanke på det myckna utredningsarbete som under senare år ägnats domstolarnas förment bristande effektivitet och resursbrist så är det mycket förvånande att detta enkla förslag ännu inte sett dagens, av utredningsväsendet välsignade ljus. Det är svårt att tänka sig någon annan enskild åtgärd som så snabbt skulle kunna frigöra resurser för domstolarna att koncentrera sig på sina huvuduppgifter.

6.4 Var hamnar tvistemålen?

Slutligen ska något här sägas, i all korthet, om situationen på tvistemålssidan. Traditionellt uppfattas ju denna som den andra sidan av de allmänna domstolarnas verksamhet, men det är ingalunda någon tillfällighet att så gott som allt som sagts av rättspolitiskt intresse i denna rapport haft en tydlig inriktning mot brottmål.

Tvärtom återspeglar detta samhällsutvecklingen och den rättspolitiska debatten i stort. Så gott som allt politiskt intresse för domstolarnas verksamhet fokuseras kring brottsbekämpning och därtill relaterade frågor, vilket som framgått ovan i kapitel 4–5 också återspeglas i de tongivande utredningarnas inriktning. Samtidigt handläggs allt färre stora, renodlat kommersiella tvister i domstol eftersom stora företag och andra kommersiella aktörer föredrar att lösa dem snabbt och diskret genom skiljenämnd. Det senare är kanske en irreversibel och oundviklig utveckling, men alldeles bortsett från att rättsutvecklingen inom civilrätten härigenom tyvärr avstannar – vilket möjligen främst beklagas av

några rättslärda och andra juridiska "nördar" – så bidrar detta faktum till att befästa felaktiga föreställningar om domstolarnas brottsbekämpande roll, deras plats i så kallade rättskedjor och andra egendomligheter, både i politiska kretsar och bland allmänheten. Domstolarna borde också av detta skäl ha ett visst egenintresse i att framhålla sin verksamhet i mer nyanserade kulörer. En mer kvalificerad diskussion om domstolarnas roll i framtidens civilrätt vore om inte annat på plats inom den juridiska doktrinen.

7. Konstitutionell vaksamhet efterlyses

Den bild som växer fram efter en genomgång av delar av de senaste årens rättspolitiska debatt och några centrala utredningar om domstolarnas framtida roll och organisation är tyvärr inte alldeles ljus. De grundlagsändringar som genomfördes vid årsskiftet 2010/2011 och som onekligen stärkt domstolarnas konstitutionella ställning framstår på många sätt som isolerade händelser, vars djupare resonansbotten möter ringa förståelse i politiska och för den delen även breda juridiska kretsar.

Uppmärksammade händelser som Assangemålet eller att nationaldemokrater och sverigedemokrater blir nämndemän kan leda till en viss massmedial debatt om hot mot rättssäkerheten, vilken i och för sig kan vara mycket nyttig. Diskussioner av detta slag riskerar dock att bli hastigt övergående om det i så gott som hela samhällsdebatten saknas en djupgående förståelse kring varför ett självständigt och oberoende domstolsväsende är ett så omistligt värde. Inte heller detta är emellertid tillräckligt, vilket kan beklagas, eftersom ett sådant medvetande nog trots allt finns (åtminstone i högtidstal och principuttalanden från olika utredningar). Vad som därutöver krävs är emellertid en medvetenhet,

både bland politiker och bland jurister, om att ett säkerställande av denna allmänt hyllade självständighet kräver inte bara ekonomiska resurser till domstolarna utan också en ständig konstitutionell vaksamhet. Då kan tveksamma utredningsförslag likt de Målutredningen presenterat lättare avvisas och domarkåren lättare få förståelse för att individuell lönesättning av flera olika principiella skäl fungerar mindre bra för just den gruppen.

Härtill kommer, som nämnts inledningsvis, en påfallande brist på intresse på politisk nivå, också inom sittande regering, för denna typ av konstitutionella frågor. Det kan noteras att Timbros idégrupp för en ny borgerlig politik i en debattartikel i DN 3 maj 2011 lyft fram just rätts- och rättighetspolitiken som ett område där ett principiellt nytänkande behövs inom borgerligheten (varvid även de här inte berörda integritetsfrågorna i vid mening naturligtvis är av stor betydelse). Det återstår att se om denna uppmaning till nytänkande kommer att ge några konkreta resultat. Förhoppningsvis kan i så fall denna lilla skrift bidra med någon inspiration för framtiden.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur:

Algotsson, Karl-Göran (1987), *Medborgarrätten och regeringsformen*. Stockholm: Norstedt.

Ask, Beatrice (2010), "Regeringen ska granska Brottsförebyggande rådet". *DN*, 21 november, < http://www.dn.se/debatt/regeringen-ska-granska-brottsforebyggande-radet>.

Berggren, Henrik, Karlson, Nils & Nergelius, Joakim (red.) (1999), *Makt utan motvikt : om demokrati och konstitutionalism*. Stockholm: City University. Press.
Bernitz, Ulf (2002), *Sverige och Europarätten*. Stockholm: Norstedt juridik.

Brewer-Carías, A.R. (1992), *Judicial review in comparative law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Bylander, Eric (2007), "Modernare rättegång – och bättre?". *Svensk Juristtidning* (SvJT), s. 516–526.

Ehrenkrona, Carl Henrik (1999), "Europakonventionens betydelse för den svenska rättegångsordningen". *Svensk Juristtidning* (SvJT), s. 486–495.

Ekeberg, K.-G. (2008), "Om domarutnämningar". *Festskrift till Johan Hirschfeld*. Uppsala: Iustus, s. 107–116.

Ekroth, Jesper (2001), *JO-ämbetet – en offentligrättslig studie*. Stockholm: University.

Ekstedt, Olle (2009), "The rule of law i Sverige". *Blandade uppsatser : en vänbok till Lars-Göran Engström*. Malmö: Hovrätten över Skåne och Blekinge, s. 77–101.

Fitger, Peter (2008), "Förhållandet mellan tingsrätts- och hovrättsprocess". *Svensk Juristtidning* (SvJT), s. 453–465.

Hellners, Trygve (2009), "Några tankar kring 2008 års rättegångsreform". *Blandade uppsatser : en vänbok till Lars-Göran Engström*. Malmö: Hovrätten över Skåne och Blekinge, s. 119–142.

Holmberg, Erik (1992), "Regeringsformen och rättskipningen : post sed non propter – "efter", inte "på grund av"?" *Festskrift till Håkan Strömberg*. Lund: Juristförlaget, s. 75–96.

Holmström, Barry (1998), *Domstolar och demokrati*. Uppsala: Acta Universitatis Upsaliensis.

Karlson, Nils (1999), "Grundlagen, demokratin och tidsandan : om bakgrunden till 1974 års regeringsform, Sveriges konstitution". Berggren, Henrik, Karlson, Nils & Nergelius, Joakim (red.) (1999), *Makt utan motvikt : om demokrati och konstitutionalism*. Stockholm: City Univ. Press, s. 1–35.
– (2009), "Lagrådets roll – idag och i morgon". *Svensk Juristtidning* (SvJT), s. 269–274.

Lagerbjelke, Gustaf (1996), *Självständig under lagarna : essäer om domarrollen*. Stockholm: Nerenius & Santérus.

Landahl, Jan (2011), *Dagens Juridik*, 25 april.

Levén, Staffan & Wersäll, Fredrik (2011), "En modernare rättegång : hur har det gått?" *Svensk Juristtidning* (SvJT), s. 18–31.

Melin, Mats (2011), "JO om domstolarna – problem och utmaningar". *Tidskrift för Sveriges Domareförbund*, nr 1/2011, s. 29–36.

Nergelius, Joakim (1996), *Konstitutionellt rättighetsskydd : svensk rätt i ett komparativt perspektiv*. Stockholm: Fritzes.
– (2006), 2005 "The year when European law and its supremacy was finally acknowledged by Swedish courts". I: Bull, T. & Cramér, P. (red.), *Swedish Studies in European Law, Vol. II*. Oxford: Hart, s. 145–156.
– (2010), *Svensk statsrätt*. 2:a uppl. Lund: Studentlitteratur.

Nordquist, Jonas (2001), *Domstolar i det svenska politiska systemet : om demokrati, juridik och politik under 1900-talet*. Stockholm: University.

Regner, Göran (1999), "Domstolarna och kontrollmakten". *Festskrift till Fredrik Sterzel*. Uppsala: Iustus, s. 257ff.

Sandgren, Claes (2008), "God rättskipning – särskilt om rättskipningens oavhängighet som kvalitetskriterium". *Festskrift till Johan Hirschfeldt*. Uppsala: Iustus, s. 455–481.

Smith, Eivind (1993), *Höjesterett og folkestyret*. Oslo: Universitetsforlaget.

Sterzel, Fredrik (1998), "Maktdelning och lagprövning – en blick framåt". Håstad, (utg.), *Politik och Juridik*. Uppsala: Iustus, s. 83–93.

Sundberg-Weitman, Brita (1984), *Rättsstaten åter!* Stockholm: Norstedt.

Thelin, Krister (2001), *Sverige som rättsstat*. Stockholm: Timbro.

Wersäll, Fredrik (2009), "EMR – några reflektioner". *Blandade uppsatser : en vänbok till Lars-Göran Engström*. Malmö: Hovrätten över Skåne och Blekinge, s. 229–236.

Brottsförebyggande rådet (2011), *Vem gör vad i rättsväsendet?* <http://www.bra.se/extra/pod/?action=pod_show&id=25&module_instance=2>.

Jusektidningen (2011), nr 4.

Tidskrift för Sveriges Domareförbund (2011), nr 1.

Förarbeten:

Prop. 1973:90, *Förslag till ny regeringsform.*

Prop. 1996/97:131, *Prövningstillstånd i hovrätten,* <http://www.riksdagen.se/Webbnav/index.aspx?nid=37&dok_id=GK03131>.

Prop. 2004/05:131, *En modernare rättegång : reformering av processen i allmän domstol,* < http://www.riksdagen.se/Webbnav/index.aspx?nid=37&dok_id=GS03131>.

Prop. 2005/06:56, *En moderniserad rättsprövning, m.m.*, <http://www.riksdagen.se/Webbnav/index.aspx?nid=37&dok_id=GT0356>.

Prop. 2007/08:113, *Rekrytering av domare*, <http://www.riksdagen.se/Webbnav/index.aspx?nid=37&rm=2007/08&bet=113&typ=prop>.

Prop. 2009/10:80, *En reformerad grundlag*, <http://www.riksdagen.se/Webbnav/index.aspx?nid=37&dok_id=GX0380>.

Prop. 2009/10:181, *Utnämning av ordinarie domare*, <http://www.riksdagen.se/Webbnav/index.aspx?nid=37&dok_id=GX03181>.

JuU 1981/82:10, *Justitieutskottets betänkande 1981/82:10 om ändrade arbetsformer i högsta domstolen m.m.*, <http://www.riksdagen.se/webbnav/?nid=3322&dok_id=G501JuU10>.

KU 2000/01:11, *Konstitutionsutskottets betänkande 2000/01: KU11 Författningsfrågor*, <http://www.riksdagen.se/webbnav/?nid=3322&dok_id=GO01KU11>.

SOU (1993), *En sammanställning över remissyttranden över Fri- och rättighetskommitténs delbetänkande Fri- och rättighetsfrågor*. Stockholm: Fritzes (Statens offentliga utredningar 1993:40).

SOU (1994), *Domaren i Sverige inför framtiden : utgångspunkter för fortsatt utredningsarbete*. 1993 års domarutrednings betänkande. Stockholm: Fritzes (Statens offentliga utredningar 1994:99).

SOU (1995), *Ett reformerat hovrättsförfarande*. Betänkande av Hovrättsprocessutredningen. Stockholm: Fritzes (Statens offentliga utredningar 1995:124).

SOU (1999a), *Löser juridiken demokratins problem?*. Demokratiutredningens skrift nr 23. Stockholm: Fritzes (Statens offentliga utredningar 1999:58).

SOU (1999b), *Maktdelning*. Demokratiutredningen. Stockholm: Fritzes (Statens offentliga utredningar 1999:76).

SOU (2000a), *En uthållig demokrati! : politik för folkstyrelse på 2000-talet*. Slutbetänkande från Demokratiutredningen. Stockholm: Fritzes (Statens offentliga utredningar 2000:1).

SOU (2000b), *Domarutnämningar och domstolsledning – frågor om utnämning av högre domare och domstolschefens roll*. Betänkande från Kommittén om domstolschefens roll och utnämningen av högre domare. Stockholm: Fritzes (Statens offentliga utredningar 2000:99).

SOU (2001), *En modernare rättegång*. Slutbetänkande från 1999 års rättegångsutredning. Stockholm: Fritzes (Statens offentliga utredningar (2001:103).

SOU (2003), *En öppen domarrekrytering*. Betänkande av Domarutredningen 2001. Stockholm: Fritzes (Statens offentliga utredningar 2003:102).

SOU (2005), *Ett stärkt nämndemannainstitut*. Regeringens proposition. Stockholm: Fritzes (Statens offentliga utredningar 2005/06:180).

SOU (2008a), *Förtursförklaring i domstol*. Utredningen om förtursförklaring. Stockholm: Fritzes (Statens offentliga utredningar 2008:16).

SOU (2008b), *En reformerad grundlag : del 1 och 2*. Betänkande av Grundlagsutredningen. Stockholm: Fritzes (Statens offentliga utredningar 2008:125).

SOU (2010), *Mål och medel : särskilda åtgärder för vissa måltyper i domstol*. Betänkande av Målutredningen. Stockholm: Fritzes (Statens offentliga utredningar 2010:44).

SOU (2011), *En reformerad domstolslagstiftning*. Betänkande av Domarlagsutredningen. Stockholm: Fritzes (Statens offentliga utredningar 2011:42).

Dir. 2004:96, *En samlad översyn av regeringsformen*, <http://www.riksdagen.se/webbnav/?nid=3260&doktyp=dir&dok_id=DIR2004:96&rm=2004&bet=2004:96>.

Ds 2001:36 *Hovrättsprocessen i framtiden*, <http://www.regeringen.se/sb/d/158/a/688>.

Ds 2007:11 *En mer öppen domarutbildning*, <http://www.regeringen.se/sb/d/108/a/79749>.

DsJu 1974:5.

Rättsfall:

Rolf Gustafsson mot Sverige, EMRD, dom 1 juli 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997 s. 1149

Langborger v. Sweden, dom 22 juni 1989, Series A No 155

Kellermann v. Sweden, 41579/98, dom 26 oktober 2004

Susanna Ros Westlund v. Iceland, dom 6 december 2007, ref. i SvJT 2008 s. 112

Liberty v. UK, 58243/00, dom 7 juli 2008

Kugler v. Austria, dom 14 oktober 2010, ref. i SvJT 2011 s. 218

Sakhnovskiy v. Russia, dom 2 november 2010, ref. i SvJT 2011 s. 228f

Andersson v. Sweden, dom 7 december 2010, ref. i SvJT 2010 s. 243

Näss v. Sweden, Appl. No. 18061/91 (Europakommissionen)

NJA 2001 s. 439

NJA 2002 s. 288

NJA 2005 s. 462

NJA 2008 s. 1066

NJA 2009 s. 798

RÅ 2002 ref. 104

Är svenska domstolars konstitutionella ställning tillräckligt stark?

Rättegångarna mot Julian Assange och The Pirate Bay har gjort att svenskt rättsväsende hamnat i det internationella strålkastarljuset. Fria och oberoende domstolar är hörnstenar i varje modern rättsstat. I Sverige sågs länge politiken som överordnad juridiken. Men på senare år har det skett flera förändringar. Den senaste grundlagsreformen har på olika sätt stärkt ett oberoende rättsväsende.

Men räcker det? Joakim Nergelius granskar de senaste reformerna, både till motiv och innehåll, och finner stora brister. Medan politiker talar allt mer om rättsväsendets effektivitet hamnar rättssäkerheten i skymundan. Domstolens uppgift är inte att få så många brottslingar som möjligt dömda – utan att ge alla en rättvis rättegång. Hur går det ihop med reformer som kraftigt begränsar möjligheterna att få ett domslut prövat i högre instans? Joakim Nergelius granskning visar att inte allt står rätt till i svenskt rättsväsende.

Fotograf: Jesper Johanson

Joakim Nergelius är professor i rättsvetenskap vid Örebro universitet.