

Förändringstendenser i svensk rättskultur

Särskilt med avseende på domarrollen och
rättskipningens funktion

Examensarbete i konstitutionell rätt – 30 högskolepoäng

Författare: Björn Bertilsson

Handledare: Doktorand Olof Ställvik

HT 2008



JURIDISKA FAKULTETEN – INSTITUTIONEN
UPPSALA UNIVERSITET

Riddartorget 5/Tridaryndegatan 1, Uppsala. Postadress: Box 512, 751 23 Uppsala, Tel 018 4710000

Innehållsförteckning

Innehållsförteckning.....	3
Förkortningar	5
1 Inledning.....	7
1.1 Prolog	7
1.2 Bakgrund	7
2 Teori och metod	9
2.1 Problemformulering	9
2.2 Frågeställningar och disposition.....	10
2.3 Metoddiskussion.....	11
2.3.1 Integrativ rättsvetenskap.....	11
2.3.2 Rättsdogmatisk utgångspunkt.....	13
2.4 Teori	15
2.4.1 Rättsdogmatikens olika abstraktionsnivåer	15
2.4.2 Att definiera en nationell rättskultur.....	16
2.4.3 Begreppet domarroll	17
2.4.4 Angreppen – undersökningens tre huvudområden	17
2.4.5 Egna anmärkningar.....	18
2.5 Avgränsning	19
2.6 Kritisk diskussion kring avgränsning och källor	21
3 Domarrollen och den svenska rättskulturen.....	23
3.1 Den svenska rättskulturens bakgrund.....	23
3.1.1 Folksuveränitet framför maktdelning	23
3.1.2 Uppsalaskolans betydelse för den svenska rättskulturen.....	24
3.1.3 Velfärdsstaten och den svenska rättskulturen.....	29
3.2 Domaren och den svenska rättskulturen.....	30
3.2.1 Uppsalaskolans arv – inom rättsvetenskapen	31
3.2.2 Uppsalaskolans arv – dess praktiska betydelse för domaren.....	33
3.2.3 Allmänt om domarens konstitutionella ställning.....	33
3.2.4 Domaren och rättskipningen.....	35
3.2.5 Vad är rättskipning?.....	37
3.2.6 Den juridiska metoden och den svenska rättskälleläran.....	38
3.2.7 Domstolarnas rättskapande funktion	41
3.2.8 Lagprövning i svensk rätt	42
3.3 Sammanfattning.....	44
4 Rättighetsangreppet	46
4.1 Historien och filosofin bakom EKMR.....	46
4.1.1 Kort historisk bakgrund	46
4.1.2 En liberal rättighetssyn etableras	47
4.1.3 Sveriges ratifikation av EKMR	48
4.1.4 Sveriges erkännande av Europadomstolens jurisdiktion	48
4.1.5 Inkorporerandet av konventionen i svensk rätt	49
4.2 Rättstillämpningen och EKMR	50

4.2.1	Svensk rättskultur möter europeiskt rättighetstänkande.....	50
4.2.2	När det rättsliga maskineriets kuggar inte griper in i varandra	51
4.2.3	Rättsprövningsinstitutet	53
4.3	Sammanfattning och redovisning av förändringstendenser.....	54
5	Nationalstatsangreppet	57
5.1	Drömmen om Europa och ett ”återupplivande” av gemensamma värden.....	57
5.1.1	Visionen om ett enat Europa	57
5.1.2	Nationalstatsidén utmanas	58
5.2	Rättskipningen och överstatliga normer	62
5.2.1	De fyra friheterna och EG-rättens företrädare	62
5.2.2	Rättskipningens funktion i ett gränslöst Europa.....	64
5.2.3	En maktförskjutning från politikerna till juristerna?	66
5.3	Gemenskapsrätten och domaren.....	66
5.3.1	Domaren, lagstiftaren och EG-domstolen	66
5.3.2	Svensk juridisk metod och rättskällelära visavi EG-rättslig metod.....	68
5.3.3	EG-rättens allmänna rättsprinciper och den svenska rättskulturen	69
5.4	Sammanfattning och redovisning av förändringstendenser.....	70
6	Rättviseangreppet.....	72
6.1	Staten, parten och konflikten	72
6.1.1	Dekonstruktion av rättvisan.....	72
6.1.2	ADR och rättskipningens funktion.....	73
6.1.3	Kriterierna för rättskipning och ADR.....	75
6.1.4	Rättskipning och offentlighet	76
6.2	Nya uppgifter för domaren	76
6.2.1	Effektivitet och snabbhet	77
6.2.2	Domarens förlikningsverksamhet och gränsen mot rättskipning	78
6.2.3	Medling istället för dom	80
6.3	Förändringstendenser	82
7	Avslutande diskussion.....	85
7.1	Förändringstendenser i svensk rättskultur	85
7.1.1	Rättskipningens funktion.....	85
7.1.2	Domarens roll	86
7.2	Egna anmärkningar.....	87
7.2.1	Den metafysiska frågeställningen – återigen.....	88
7.2.2	Är rättssystemet blott en samling regler?	90
	Käll- och litteraturförteckning.....	92
	Avgöranden från domstolar	92
	Offentligt tryck	93
	Övriga tryckta källor.....	94
	Åberopad litteratur.....	95

Förkortningar

Art.	Artikel
AD	Arbetsdomstolen
ADR	Alternative Dispute Resolution (Alternativ tvistlösning)
Dnr	Diarienummer
Ds	Departementsskrivelse
EEC	European Economic Community
EG	Europeiska gemenskaperna
EGF	EG-fördraget (Romfördraget)
EFTA	European Free Trade Association
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
ERT	Europarättslig Tidskrift
EU	Europeiska unionen
FRA	Försvarets radioanstalt
HD	Högsta Domstolen
IB	Informationsbyrån
JT	Juridisk Tidskrift
Kap.	Kapitel
MB	Miljöbalken
MBL	Medbestämmandelagen
MD	Marknadsdomstolen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avd I
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken
RegR	Regeringsrätten
RF	Regeringsformen
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning

1 Inledning

1.1 Prolog

Betänk det något anakronistiska antagandet att förslaget att införa den så kallade FRA-lagen kommit för 30 år sedan. Hade det blivit samma folkstorm då som nu? Ja, det är mycket troligt. IB-affären som nystades upp 1973 hade inte direkt gjort den typen av statlig kontroll av medborgarnas förehavanden särdeles populär. Lagstiftaren hade kanske, liksom nu, känt sig tvungen att se över det ursprungliga förslaget. Hade det nya förslaget i så fall innehållit en bestämmelse med innebörden att en oberoende domstol skall vara garanten för att lagen tillämpades på avsett sätt, även om signalspaningen sker för regeringens räkning? Detta framstår som högst osannolikt. Något har således förändrats...

1.2 Bakgrund

Samhället förändras ständigt. De senaste 20 åren har stora politiska förändringar skett, både i ett nationellt och internationellt perspektiv.¹ Ett sådant påstående är förvisso universellt över tid och därför något klichéartat. I synnerhet under modern tid kunde påståendet om stora förändringar vara giltigt för i princip vilken 20-årsperiod som helst. Parallellt med den dynamiska samhällsförändringen på ytan sker emellertid en utveckling på ett annat plan, en trögare rörelse med kraft att förändra etablerade ideologiska och filosofiska grunduppfattningar i samhället. Det kan därför tyckas vara paradoxalt att det senare fenomenet sällan framträder tydligt, utan blir uppenbart först efter att en tid förflutit. Genom rättssystemets starka kopplingar till samhällets ideologiska värderingar blir de varandras spegelbilder – de samhälleliga värderingarna avspeglas i rättskulturen.

Inom ramen för denna undersökning skall det argumenteras för att det i Sverige är på väg att ske en förändring i samhällets mer trögörliga delar där de ideologiska värderingarna har sitt fäste. För att identifiera den pågående rörelsen skall tre områden i rättssystemet där nya ideologiska värderingar på olika sätt etablerat sig under de senaste

¹ Utöver närmandet till Europa och inträdet i EU kan en rad viktiga förändringar beläggas. Se bl.a. Bull (2001/01) s. 46–47.

20 åren studeras. Genom att sätta samman dessa delar till en helhet kan konturerna av en pågående förändring urskiljas.² De nya ideologiska värderingarna vilar på olika grund och intressant i sammanhanget är att mötet med den svenska rättskulturen svårligen kan ske friktionsfritt. Därför kan dessa karakteriseras som angrepp mot den svenska rättskulturen. Förändringstendenserna i den svenska rättskulturen skall huvudsakligen diskuteras ur två aspekter, dels synen på rättskipning och rättskipningens gräns mot förvaltningen och dels svenska domares konstitutionella roll.

² Professor Veli-Pekka Viljanen menar att i Finland, med hänvisning till de grundläggande friheternas och rättigheternas inträde, kan det argumenteras för att ”[d]essa förändringar är inte bara krusningar på ytan, utan – så vågar jag påstå – har inneburit en mera djupgående omdaning av vårt juridiska tänkande”. Se Viljanen (2006) s. 163. Se också Kjell Å. Modéer i SOU 1999:76 s 78 ff.

2 Teori och metod

2.1 Problemformulering

Det hade varit möjligt att påvisa att domarens roll förändrats till följd av samhällsförändringar och hänvisa till olika relevanta variabler såsom inträdet i EU, anslutningen till EKMR och den allt större betydelse som den privata sektorn fått i svensk ekonomi, eller andra liknande aspekter och sedan stanna där. Med stor sannolikhet hade detta givit en klar antydning om att en förändring var förestående eller rent av pågående. En sådan förklaring är emellertid tämligen intetsägande och det är också svårt att påvisa ett orsakssamband mellan de olika variablerna, utöver att de vart och ett för sig har potential att i någon mån påverka domarens roll. Syftet med denna uppsats är istället att söka den kausala mekanismen – den egentliga bakomliggande förklaringen – till de förändringar som är relevanta när domarens roll diskuteras. I första hand vill jag visa att en förändring inte sker i en viss riktning, utan istället bort från en viss position. Det är av den anledningen jag vill lyfta fram förändringstendenser i rättsideologin, strömningar som har potential att förändra domarrollen och därigenom få avgörande betydelse för riktningen i framtiden. Med ett sådant angreppssätt låter sig, om hypotesen kan verifieras, en mer genomgripande förändring påvisas, inte blott en av de ständigt återkommande krusningarna på ytan. Hypotesen som undersökningen bygger på formuleras på följande sätt:

- Nya ideologiska värderingar som på olika sätt etablerat sig inom centrala delar i det svenska rättssystemet medför dels att synen på rättsskipning förändras och dels att gränsen mellan rättsskipning och förvaltning blir tydligare, vilket i sin tur innebär en förändring av domarens konstitutionella och rättskulturella roll.

Centralt för uppsatsen är således angreppen mot den konstitutionella staten i svensk tappning, som kännetecknas av bland annat ett mycket starkt folkstyre och få inslag av maktindelning, och i förlängningen den svenska rättskulturen. Viktigt att understryka är att det inte finns någon ambition att söka anledningen till hur dessa nya värderingar etablerat sig i samhället. Istället är det den möjliga motsättningen mellan rätts-

ideologierna bakom dessa variabler och den ideologi som är etablerad i den svenska rättskulturen som är det väsentliga.

Det finns också ett syfte med att föra diskussionen utifrån *domarens* roll och inte domstolens roll. Merparten av den litteratur som berör de konstitutionella aspekterna av förändringar i rättskulturen gör det med fokus på domstolens roll. Av den anledningen anser jag det vara intressant att flytta fokus från domstolen till den enskilde domaren, även om det är uppenbart att dessa begrepp ibland används i det närmaste synonymt; vilket i sig är symptomatiskt för den svenska rättskulturen. Aktörerna i rättssystemet döljer sig bakom anonyma begrepp, det är domstolen som ett kollektiv – som ofta kallar sig själva rätten – som med stöd av lagstiftarens uttalanden i förarbeten finner än det ena och än det andra. Det förekommer inte heller i domstolsreferat mer personliga skrivningar såsom ”rättens ledamöter finner därför” eller ”de samlade justitieråden bedömer att”. Undantaget är om en ledamot uttrycker en skiljaktig mening eller bidrar med ett särskilt yttrande, då frångår man den anonyma skrivning som annars är gängse.³

2.2 Frågeställningar och disposition

Undersökningen består egentligen av rad frågeställningar, men kan sammanfattas under två huvudfrågor. De två huvudfrågeställningarna lyder:

1. På vilket sätt påverkas synen på rättskipning och domarens relation till lagstiftaren av de rättsideologiska uppfattningar som etablerat sig genom anslutningen till EU, inkorporerandet av EKMR samt tendensen att tvister i större utsträckning löses genom alternativa tvistlösningsmetoder.
2. Vilken konsekvens får dessa förändringar för den enskilde domaren och i förlängningen den svenska rättskulturen?

Som framgår av frågeställningarna är syftet inte att analysera domarens praktiska juridiska arbete inom respektive område. Syftet är snarare att reflektera kring domaren arbetssätt i vid mening, såsom bundenheten av den nationella lagstiftarens vilja, möjligheten att föra principiella resonemang i domskäl och i vilken grad domarens skall

³ För en genomgång av särskilda yttranden i HD hänvisas till JustR Anders Knutsson och uppsatsen ”Om särskilda yttranden i HD”, se Knutsson (1993) s. 271–284.

inrikta sig på att förlika parterna. Undersökningens andra fråga är avhängig analysen av den första, emellertid förutsätter den första frågan att – det möjligen inte helt vedertagna – begreppet den *svenska rättskulturen* berörs. Då diskussionerna kring rättskultur och rättsideologi är centrala för prövningen av den framlagda hypotesen, är avsikten att kapitel 3, som behandlar den svenska rättskulturen och utvecklingen under 1900-talet, skall vara relativt omfattande. Syftet med detta kapitel är således inte enbart att ge en bakgrund för den fortsatta framställningen, det utgör också en del av själva undersökningen. Varför jag valt att lyfta fram de tre variablerna anslutningen till EU och inkorporerandet av EKMR och domstolens minskande betydelse som tvistlösningssarena skall beröras i avsnitt 2.6 *Kritisk diskussion kring avgränsning och källor*.

2.3 Metoddiskussion

2.3.1 Integrativ rättsvetenskap

Undersökningen består av en empirisk prövning av hypotesen att grundläggande ideologiska värderingar i samhället förändrats i sådan grad att det är möjligt att tala om en förändring av den svenska rättskulturen. Metoden som tillämpas är en kvalitativ undersökning i form av textanalys av förarbeten, rättsfall och doktrin. Rättsfallsanalys kommer att ske i begränsad omfattning. Juridisk doktrin kommer att beaktas i större utsträckning och ges större tyngd än vad som är brukligt vid tillämpande av traditionell juridisk metod, varför idéer och värderingar som återfinns i kommenterande källor – företrädesvis doktrin och i viss mån förarbeten – skall sättas i ett större sammanhang med avsikten att skapa generaliseringar. I den meningen kan undersökningen sägas utgå från en rättsdogmatisk metod, ty det är i huvudsak de klassiskt rättsvetenskapliga källorna som utgör det huvudsakliga arbetsmaterialet. Det är emellertid inte min avsikt att ”fastna” i den rättsdogmatiska metoden, istället vill jag utvidga det rättsdogmatiska perspektivet till att också innefatta ett samhällsligt perspektiv. Därför kommer till viss del även litteratur från de samhällsvetenskapliga disciplinerna att åberopas. Så som frågeställningen är formulerad rör sig undersökningen till vis del på rättsfilosofins, idéhistorians och statsvetenskapens domäner. Med tillämpning av en strikt traditionell rättsdogmatisk metod skulle analysen riskera att bli allt för snäv. Därför valet att tillämpa en metod som medger en breddning av ämnet.

Begreppet interaktiv rättsvetenskap är hämtad från antologin *Interaktiv rättsvetenskap – en antologi* och innebär att "[i] rättsvetenskapen ta sådant som är rättsvetenskaplig relevant oavsett vilken vetenskaplig disciplin data eller teori egentligen anses höra hemma i".⁴ Med ett sådant angreppssätt medges ett vidgande av den snäva problemformulering som den rättspositivistiskt färgade juridiska metoden medför. Jag vill dock hävda att begreppet interaktiv rättsvetenskap är alltför vagt och inte särskilt klarläggande. Istället har jag valt att kalla uppsatsens metod för *integrativ rättsvetenskap*. Detta för att understryka att utgångspunkten är den traditionella rättsdogmatiska metoden och att den på intet sätt förkastas, utan att genom en integrering av andra samhällsvetenskapliga discipliner bredda analysen.⁵

Det är inte i första hand den positiva rättens faktiska innehåll som är av intresse. Istället är det hur diskussionen förs kring gällande rätt, likväl som "de lege ferenda"-resonemang, alltså – för att använda ett begrepp i tiden – i vilken diskurs det rättsliga resonemanget sker. När tidigare självklarheter ifrågasätts eller när ifrågasättandet av tidigare konfliktämnen upphör så finns i detta ett starkt bevis för att en ideologisk förskjutning har inträffat. Avsikten är att med en textanalytisk metod förhålla sig till källorna på ett sätt som den traditionella rättsdogmatiska metoden svårligen medger. Den textanalytiska metoden tillåter att attityder analyseras och sätts in i ett sammanhang. Genom en integrativ metod kan analysen bli både bredare och blottlägga omständigheter som en traditionell rättsdogmatisk metod inte skulle medge. Förtjänsten med detta är att det på ett tydligt sätt är möjligt att belysa förekomsten av eventuella förändringstendenser.⁶

Faktumet att det i ett juridiskt arbete är möjligt att föra en metoddiskussion som denna kan i sig vara ett argument för riktigheten i den ovan framlagda hypotesen om en pågående förändring av svensk rättskultur.⁷ Rättsvetenskapsmannens möjligheter att på ett accepterat sätt göra avsteg från den traditionella juridiska metoden i ett juridiskt arbete har varit ytterst begränsade, vilket skall visas i kapitel 3, kan förklaras genom rättsdogmatikens upphöjda plats i den svenska rättskulturen. Uppfattningen att det är logiken i det inre, gentemot andra vetenskapsområden avgränsade rättsvetenskapliga

⁴ Antologin *Interaktiv rättsvetenskap* (red. Minna Gräns) s. 9.

⁵ Begreppet "integrativ rättsvetenskap" har använts i en liknande mening av professor Claes Sandgren, se Sandgren (1995/96) s. 1043–1044.

⁶ En vanlig invändning mot metoden är att det finns en risk att breddningen sker på den djuplodande analysens bekostnad och att arbetets vetenskapliga karaktär grumlats till följd av att författaren inte behärskar de vetenskapsområden som lyfts in vid sidan av den traditionella rättsvetenskapen, se bl.a. Hallström (2000) s. 11.

⁷ Angående misstron mot teorianvändning inom rättsvetenskapen, se Sandgren (2004/05) s. 314–315.

kärnan, systemet som är det rättsvetenskapen skall sysselsätta sig med präglar alltså den juridiska forskning som bedrivs vid landets universitet och högskolor. Under senare år har det emellertid, med ett betydligt djupare allvar, i olika sammanhang förts en diskussion kring möjligheten att göra avsteg från den etablerade juridiska metoden.⁸ För rättsvetenskapen är detta, anser jag, en sund utveckling. Rättsvetenskapsmannen tillåts vidga blicken bortom de rättsinterna ramarna och också beakta moraliska och samhälliga aspekter på rätten och kan inte med samma konsekvens som tidigare fly in i rättssystemet och avvisa "icke rättsligt relevanta aspekter" på de undersökta frågorna med förevändningen att de inte tillhör rättsvetenskapen.

Undersökningens frågeställning hade medgivit en annan metod. En möjlighet hade varit att tillämpa en kvantitativ metod och genomföra en undersökning kring värderingar hos yrkesverksamma domare. En sådan undersökning hade varit ett intressant alternativ till den valda metoden. Emellertid kräver en sådan undersökning ett omfattande och krävande kringarbete både administrativt och tidsmässigt, varför en sådan metod befunnits vara mindre lämpad med hänsyn till arbetets relativt korta tidsplan. Dessutom skulle det innebära en begränsning till nu verksamma, eller åtminstone nu levande, domare.

2.3.2 Rättsdogmatisk utgångspunkt

Det har ovan hävdats att arbetet trots allt skall ha en rättsdogmatisk utgångspunkt, vilket innebär att gällande rätt inom ett visst område skall utredas och systematiseras utifrån relevanta juridiska källor. Den författningstext som arbetet i huvudsak behandlar är de delar av regeringsformen som rör förhållandet mellan rättskipning och förvaltning. Centrala bestämmelser är således RF 1:8, RF 1:9 och hela kapitel 11 i RF. Europakonventionens artikel 6.1 rör rätten till domstolsprövning och är likaså en central bestämmelse. Ett flertal propositioner och statliga utredningar som presenterats under undersökningsperioden har varit viktiga källor.

⁸ För exempel, se artikel i Juridisk Tidskrift 1996 av professor Dennis Törlborg, *Några reflektioner rörande relationen vetenskap/praktik inom juridiken*; Claes Sandgren i artikeln *Om teoribildning och rättsvetenskap*, Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet, Nr 2 2004/05, sid. 297–333; Kjell Å. Modéer (2000) s. 398 skriver att ett paradigmskifte skett och "den autonoma rättsvetenskapen ersatts av en teoretisk medvetenhet om främst de humanistiska disciplinernas teoribildning och arbetsmetoder"; Artikeln *Rättsekonomi och Norden* av universitetsstipendiat Petri Keskitalo i Fra institutt til fakultet. Jens Edvin A. Skoghøy (red.). Tromsø 1997, 29–43. I sammanhanget bör också antologin Interaktiv rättsvetenskap, Uppsala, Åbo 2006, nämnas.

Litteraturen som beaktas är i huvudsak skriven av svenska författare och rör svenska förhållanden. Anledning till detta är den svenska rättskulturen i första hand intresserar svenska rättsvetenskapsmän. Till viss del har jag beaktat finsk litteratur, eftersom Finland och Sverige har ett gemensamt konstitutionellt arv.

2.4 Teori

2.4.1 Rättsdogmatikens olika abstraktionsnivåer

Professor Aleksander Peczenik menar att rättsvetenskapen laborerar med olika abstraktionsnivåer, från den lägsta nivån som innebär konkret rättsfallsbeskrivning och rättsfallanalys till den högsta nivån som rör den filosofiska grundpositioner bakom den allmänna rättsläran.⁹

Abstraktionsnivå	Rättsvetenskapligt angreppssätt
Hög ↑ ↓ Låg	Debatt om filosofiska grundpositioner bakom den allmänna rättsläran
	Moralfilosofiska undersökningar
	Allmänna rättsläror med normativa konsekvenser, t.ex. olika lagtolkningsläror
	Abstrakta framställningar av olika rättsliga institut och allmänna läror
	Beskrivning av äldre rätt och utländsk rätt
	Utarbetande av tekniska lösningar
	Konkret rättsfallsbeskrivning och rättsfallsanalys

Vad Peczeniks placerar på den högsta abstraktionsnivån, filosofiska grundpositioner bakom den allmänna rättsläran, motsvaras av vad som ovan beskrivits som grundläggande ideologiska värderingar i rättssystemet. Uppdelningen av rätten i olika nivåer ger en analytisk ram som kan visa att den positiva rätten har sitt ursprung och avspeglar uppfattningar och principer som är djupt förankrade i rättskulturen och samhället.¹⁰ Det är dessa trögrörliga filosofiska grundpositioner vilka ger uttryck för rättsskipningens funktion i samhället som skall undersökas. Eller mer konkret: förändringen i synen på rättsskipningens funktion och domaren roll i förhållande till den samhälleliga funktion som rättsskipningen anses fylla. Med utgångspunkt i ovan redovisade modell kan

⁹ Peczenik (2005) s. 251.

¹⁰ Jfr. här Sandgren (2004/05) s. 322; se också Tuori (2003) s. 304–305 som utarbetat en teori kring rättens olika nivåer. Rättssystemet består enligt Tuori av tre skikt; ytnivån, rättskulturen och rättens djupstruktur. Mellan de olika nivåerna sker ett samspel och de djupare nivåerna både möjliggör och begränsar det som sker på ytan. Själva grundidéerna återfinns på den lägsta nivån, men tolkas och preciseras olika i olika rättskulturer. Tuori menar att rättens förbindelse med samhällets moraliska och etiska grundvalar förmedlas på de lägre nivåerna och återfinns i rättskulturen och i rättens djupstruktur. Rättens djupstruktur består av de sedimenterade delarna av rätten.

uppsatsens rättsvetenskapliga ambition sägas vara att i huvudsak röra sig inom de tre högsta abstraktionsnivåerna.

2.4.2 Att definiera en nationell rättskultur

Professor Kjell Å. Modéer föreslår ett antal punkter – ”rättskulturens parametrar” – som verktyg för att identifiera rättskulturen i tid och rum. Hans modell bygger på bland annat på Erhard Blankenburgs, Pierre Legrands och Roger Cotterrells forskning. ”Rättskulturens parametrar” är enligt Modéer:

- Rättsliga ideologier
- Författningen (rättstatens funktion på konstitutionell nivå)
- Normerna (mentalitet och attityd bakom normerna)
- Rättsaktörerna (rättssystemets aktörer)
- Infrastrukturen

De rättsliga ideologierna utgör en viktig parameter för att identifiera en rättskultur, vilket också har fått genomslag i forskningen. Vad beträffar författningen menar Modéer dels att de rättsliga ideologierna ligger inbäddade i författningen, dels att det i författningen finns både ett retrospektivt och ett prospektivt tidsperspektiv. I det retrospektiva tidsperspektivet finns spår av författningsidéernas förflutna, författningens traditioner, tillkomst och kulturella arv, medan det prospektiva tidsperspektivet kan förutsäga författningsförändringar och kommande reformförslag. När det gäller normerna framhålls att den rättskulturella forskningen försökt lyfta fram mentaliteten och attityden som gör att rättskulturen förändras mycket långsamt – eller inte alls – även om normerna får en annan karaktär, genom exempelvis en politisk händelse. Aktörsperspektivet inriktar sig på rättssystemets aktörer som är av betydelse för rättskulturen och rättsordningens bestående. Med infrastrukturen avses alla de sammanhang där professionella jurister agerar; allt från offentliga domstolsbyggnader, till konferenser och andra nätverk där rättens aktörer agerar. De är på dessa arenor som juristkollektivet skapar dialoger och diskurser.¹¹

¹¹ Modéer (2000) s. 393–397.

Begreppen rättskultur, rättsfamilj och rättstradition används ofta synonymt. Det finns emellertid skäl att göra skillnad på åtminstone begreppen rättskultur och rättsfamilj/rättstradition. Som professor Ditlev Tamm påpekar innebär studier av olika rättsfamiljer och ett systematiserande av olika rättsordningar i grupper efter likheter enligt vissa kriterier, att man tillämpar en metod som liknar biologens. Idén med rättskulturer är däremot att studera olika rättsliga fenomen, arbetssättet liknar därför mer antropologens.¹²

2.4.3 Begreppet domarroll

Domarrollen är ett begrepp som kan avse en rad olika betydelser, varför det är av vikt att ringa in i vilken betydelse detta begrepp kommer att användas i förevarande undersökning. Det centrala för uppsatsen är domarens roll i ett konstitutionellt hänseende, det vill säga hur domaren som en del av domstolsväsendet påverkas av att den konstitutionella ordningen förändras. Enligt angiven definition blir den svenska domarens förhållande gentemot den nationella lagstiftaren av primärt intresse i egenskap av domarens roll som övervakare av författning och uttolkare av gällande rätt. Därmed blir domarens yrkesroll eller sociala ställning enbart av sekundärt intresse och kommer inte att undersökas närmare inom ramen för detta arbete.¹³

2.4.4 Angreppen – undersökningens tre huvudområden

Det första angreppet har jag valt att kalla ”rättighetsangreppet”. Genom inkorporandet av EKMR har den enskildes rättigheter fått en betydligt starkare ställning. Erkännandet av rättigheter är inte något som kännetecknat den svenska rättsordningen. Mot bakgrund av den tradition av rättsrealism som präglar 1900-talet är det rent av möjligt att tala om den liberala rättens renässans.

Det andra angreppet kommer att betecknas ”nationalstatsangreppet” och med detta avses den nya ordningen med ett Europa som samarbetar med målet att skapa en gemensam marknad. Det europeiska integreringsprojektet kan, med ett post-modernistiskt begrepp, beskrivas som en ny ”stor berättelse” som inkräktar på national-

¹² Tamm (2007) s. 677.

¹³ För en djupare analys av domarens yrkesroll i ett utifrånperspektiv, det vill säga hur samhället ser på domarrollen, hänvisas till Kjell Å. Modéer i bilaga 20 till SOU 1994:99.

statens domäner med allt vad det innebär för den nationella rättsordningen och domarens förhållande till den nationella lagstiftaren. EG-rättsliga principer och skyldigheten att begära förhandsavgörande har för svenskt vidkommande givit domaren en helt annan roll än vad den haft tidigare.

Det tredje angreppet kommer att betecknas ”*rättviseangreppet*” och tar sig uttryck i det ökade användandet av alternativa tvistlösningsmetoder. Ideologin bakom detta kan beskrivas som postmodern och det finns en inneboende skepsis mot den ordinarie processen som lämpligt konfliktlösningsforum. Enligt detta synsätt är målet med konfliktlösning inte att uppnå rättvisa i form av en materiellt riktig dom, utan istället uppnå ett resultat som parterna är nöjda med. I samband med detta skall också domarens förlikningsverksamhet diskuteras. Om domaren av effektivitetsskäl driver omfattande förlikningsförsök och också uppnår förlikning mellan parterna innebär det att vissa uppfattningar om domstolens funktion, såsom en institution för rättskipning inte längre kan vara giltiga. Detta är också ett angrepp gentemot den handlingsdirigerande funktionen som tillskrivits domstolarna av de skandinaviska rättsrealisterna och i synnerhet uppsalaskolans företrädare.

2.4.5 Egna anmärkningar

Möjligen är det mindre lyckat att diskutera de nya strömningarna i termer av olika angrepp. Särskilt i ett sammanhang där den politiskt inte okänsliga frågan om domaren och domstolens ställning behandlas i ett konstitutionellt hänseende. Jag har ändå valt att stanna vid dessa termer. Det skall redan inledningsvis klargöras att det inte är min avsikt att inom ramen för denna framställning argumentera för en ökad domstolskontroll. Samtidigt anser jag att den fortsatta framställningen vinner på att jag inte undanhåller min åsikt i frågan: jag anser att det finns goda argument för att domaren i framtiden skall få en friare roll gentemot lagstiftaren. Debatten förefaller dock vara ute på irrvägar när det framställs som om det rör sig om en kraftmätning där man tar endera partens parti; lagstiftarens eller domstolens.¹⁴ Min fulla övertygelse är att det blott finns en som kan vara vinnare eller förlorare: den enskilde medborgaren som rättssubjekt – det finns

¹⁴ Se Caroline Taube: Domstolar och lagprövning s. 182 i Svensk författningsspolitik, Mattsson, Ingvar och Petersson, Olof (red.).

inget självändamål med de två samhällsinstitutioner som skall förverkliga rättsstaten, deras existens är i slutändan avhängig medborgarna som de skall tjäna.

Ställningstagandet är en konsekvens av min syn på rättskipningens funktion. Det talas ofta om rättskipningens funktion i termer som konfliktlösande eller handlingsdirigerande, vilket lätt kan uppfattas som att det är antingen den ena eller den andra som skall vara förhärskande. Jag förnekar på intet sätt att rättsordningen i allmänhet och lagstiftning i synnerhet har – och bör ha – handlingsdirigerande inslag. Därför är det inte heller orimligt att det vid rättskipning tas hänsyn till dessa handlingsdirigerande syften. Emellertid anser jag att man bör vara medveten om att all handlingsdirigerande lagstiftning riskerar att orsaka konflikter mellan olika intressen. Därför bör den konfliktlösande funktionen alltid finnas med och beaktas vid rättskipning. Rättskipningen kan inte tillgodose alla som kan hävda legitima intressen, men dessa intressen bör beaktas av en oberoende domstol.¹⁵ Detta påstående för in diskussionen på ett annat av omtvistat område. I vilken mån skall en domare anförtros lämplighetsavgöranden?¹⁶ Rättskipningens syfte och domarens roll är frågor vilka det finns anledning att återkomma till i förevarande arbete.

Viktigt att framhålla är också att den hypotes som jag avser att pröva inte är beroende av enskilda politiska beslut där frågorna får sitt slutliga svar en gång för alla. Avsikten är att påvisa motsatsen: genomgripande förändringar sker utan att det finns någon medveten politisk agenda, stark intresseorganisation eller annan maktfaktor som står bakom dessa.

2.5 Avgränsning

Uppsatsen presenteras som ett arbete inom det juridiska ämnesområdet konstitutionell rätt. Trots ambitionen att inta en friare hållning till den dogmatism som karakteriserar rättsvetenskapen uppställer ämnesvalet vissa naturliga avgränsningar. Med utgångspunkten att diskutera domarens roll i ett konstitutionellt hänseende blir det naturligt att undersökningen i huvudsak inriktar sig på domarkåren som kollektiv och inte den enskilde domaren. Två domare kan uppfatta en situation på olika sätt, vilket bland annat

¹⁵ Min uppfattning är således att rättskipning i betydelse domstolsprocess har en rättsskyddande funktion. Den enskilde skall beredas *rättsskydd gentemot det allmänna* genom att få sin sak prövad av en oavhängig domstol. Se ang. processens rättsskyddsfunktion i Lindblom (2000) s. 60–61.

¹⁶ Se närmare angående detta i avsnitt 4.2.1

kan bero på var i domstolshierarkin och yrkeskarriären de olika domarna befinner sig. Ambitionen är att försöka ringa in den typiska domaren på det sätt som Kjell Å. Modéer gör i SOU 1994:99 när han beskriver domarrollens utveckling under en period som spänner från 1800-talets slut till 1994.¹⁷ Ett rimligt antagande är att domare i överrätt i betydligt större utsträckning än kollegorna i underrätt ställs inför de frågeställningar som uppsatsen behandlar. I underrätten finns ofta inte tid för reflektion och eftertanke, vilket gör att det, ibland okritiskt, hänvisas till ett förarbetsuttalande som ger stöd för en viss utgång och därför missar någon aspekt av saken. Genom förfarandet med prövningstillstånd vid anhängiggörande av talan i överrätt, särskilt Högsta domstolen och Regeringsrätten, blir verksamheten där mindre präglad av att hålla nere den så kallade målbalansen och mer inriktad på en allsidig belysning av de aktuella frågorna. Det finns givetvis många undantag där underrätten gjort ett grundligt arbete och skrivit utmärkta domskäl.

Undersökningen kommer oundvikligen att beröra några andra juridiska ämnesområden utöver den konstitutionella rätten. Huvudsakligen kommer dessa utvecklingar att göras inom civilrättens område men också processrätten och förvaltningsrätten kommer att beröras i relativt stor utsträckning. Emellertid har jag valt att avgränsa undersökningen på så sätt att straffrättsliga aspekter, med några få undantag, inte kommer att behandlas. Den sistnämnda avgränsningen motiveras av att det europeiska integrationssamarbetet inte (ännu) i någon större utsträckning änne berört straffrätten. Vidare är diskussionen kring rättskipningens funktion inom straffrätten avsevärt skild från den som förs inom civilrätten och förvaltningsrätten, varför en genomgång av de straffrättsliga aspekterna skulle medföra att arbetet blir allt för omfattande.

Till sist något om undersökningens avgränsning i tid. Någon given tidsram för undersökningen kommer inte att definieras. Men följande har ändå tjänat som riktlinjer under arbetets gång. För att få en ordentlig bakgrund lyfts huvudlinjerna i utvecklingen under förra seklet. Undersökningens tre huvudområden studeras huvudsakligen över en period på ungefär 20 år, men även i dessa delar kommer utvecklingslinjer bakåt i tiden att redovisas.

¹⁷ Se SOU 1994:99 bilaga 20.

2.6 Kritisk diskussion kring avgränsning och källor

De tre undersökningsområden som valts är givetvis avgörande för de slutsatser som presenteras. Någon omfattande utläggning kring varför de tre valda områdena är relevanta och tillräckligt betydelsefulla för att platsa i undersökningen anser jag inte fordras. Vad som däremot bör nämnas är vilka andra områden eller aspekter som möjligen kunnat påverka slutsatserna eller ge alternativa förklaringar. En möjlig förklaring till en förestående förändring skulle kunna vara det generationsskifte som domarkåren står inför. Det kan också nämnas att det nyligen genomförts en ändring av rättegångsbalken (1942:470) i syfte att skapa ett bredare rekryteringsunderlag för domaranställningar.¹⁸ Ytterligare en förändring av domarkåren, som pågår i detta nu, är att andelen kvinnor stadigt ökar.¹⁹ Det är också rimligt att anta att andelen domare med utländsk bakgrund, som växt upp i en annan rättstradition, kommer att öka under i framtiden. Det är svårt att bortse från dessa aspekter, som säkerligen kan bidra till en förändring av domarens roll. Jag vill emellertid i sammanhanget framhålla två saker. Det första är att socialiseringsfaktorn inte bör underskattas. Trots nytillskott i kåren genom generationsskifte och rekrytering av människor med en bakgrund olik den traditionella domarens så är risken överhängande att de nya förmågorna känner ett visst motstånd till att ifrågasätta äldre, mer erfarna kollegor och väljer att anpassa sig. De socialiseras in i domarrollen. Det bör också noteras att domare under utbildning ofta arbetar en tid med lagstiftningsfrågor på något departement. Särskilt när det gäller Regeringsrätten och Högsta domstolen har en övervägande del av de ledamöter som rekryteras lagstiftarens perspektiv.²⁰ Detta kan, utöver den rättskulturella påverkan som berörs i detta arbete, vara ännu en förklaring till varför många domare har en tendens att inta ett lagstiftarperspektiv.

Det andra jag vill framhålla är att även om ovan diskuterade faktorer kan bidra till att domarens roll förändras så förtar det inte giltigheten av de aspekter jag anför i detta arbete. Om en ny generation domare med nya värderingar etablerar sig i kåren så måste dessa värderingar ha ett ursprung, därför anser jag att generationsväxlingsaspekten likaväl kan ses som ett stöd för min tes och inte en självständig förändringsfaktor.

¹⁸ Se prop. 2007/08:113. Konkret skall ett bredare rekryteringsunderlag skapas genom att möjligheten för Sveriges advokatsamfund att medge undantag från kravet att en advokat inte får vara anställd i domstol tydliggörs genom lagändring. Vidare skall en ny nämnd, Domarnämnden, inrättas.

¹⁹ Årsredovisning Sveriges Domstolar 2006.

²⁰ Sterzel (1998) s. 47–48.

Något skall också nämnas om valet av källor. Som nämnts ovan är källmaterialet i huvudsak det som traditionellt kallas "rättsligt relevant". Det hade utifrån ansatsen att vidga perspektivet från den traditionellt rättsvetenskapliga till ett bredare perspektiv varit möjligt att göra samma sak i fråga om valet av källmaterial. Exempelvis kunde en studie av den samtida samhällsdebatten i dagstidningar ha lyfts in. En annan möjlighet hade varit att studera debatten som förts i riksdagen och retoriken i de politiska partiernas argumentation. Anledningen till att jag inte valt att också utöka källmaterialet är dels att en studie av de rättsligt relevanta källorna är primärt intressanta eftersom de utgör domarens arbetsmaterial och dels att ramen för denna undersökning inte medger det merarbete som en sådan, bredare, ansats kräver.

3 Domarrollen och den svenska rättskulturen

3.1 Den svenska rättskulturens bakgrund

För att identifiera en särpräglad svensk rättskultur måste vissa särskiljande drag inringas. Både den konstitutionella väg som Sverige valt, med folksuveräniteten som ledstjärna, och den ideologi som präglat en betydande del av 1900-talet skall lyftas fram i detta kapitel. Avsikten är att visa hur synen på rättskipningen och domarens roll såsom den utvecklats under förra seklet hänger intimt samman med den svenska rättskulturen

demokratisynen.²⁴ Vidare hävdar Karlsson att demokrati, vid tidpunkten för arbetet med 1974 års regeringsform, var liktydigt med parlamentarism och att väsentligheterna i den nya regeringsformen i själva verket bestod av en kodifiering av rådande praxis.²⁵ Under 1970-talet kom domaren allt mer att framstå som lagstiftarens förlängda arm, en konsekvens av folksuveränitetens allt starkare ställning.²⁶

3.1.2 Uppsalaskolans betydelse för den svenska rättskulturen

Axel Hägerström filosofiska arbete kom att lägga grunden för vad som i Sverige kallats uppsalaskolan; den internationella beteckningen är den skandinaviska rättsrealismen.²⁷ Någon fullständig redogörelse för den filosofiska riktning som inleddes med Hägerström kan givetvis inte presenteras inom ramen för detta arbete. I det följande kommer huvuddragen och de för den fortsatta framställningen väsentliga delarna att lyftas fram. Avsikten är också att söka kärnan i den ideologi som uppsalaskolan stod för och lyfta fram dess betydelse för den svenska rättskulturen och den svenska konstitutionella modellen – och i förlängningen dess betydelse för domarrollen och synen på rättskipningen. Det bör också framhållas att min uppfattning inte är att uppsalaskolans inflytande ensamt står för utvecklingen av den svenska rättskulturen.²⁸ En rad andra förklaringar kan sökas både i den svenska historien och i omvärlden under 1900-talet. Det är inte som diagnos, utan snarare som symptom som uppsalaskolan, enligt min mening, är intressant att uppehålla sig vid. Liknande kritiska rörelser etablerade sig i andra länder, det var således inget unikt svenskt. Vad som särskiljer Sverige är hur den kritik som rättsvetenskapsmännen formulerade under tidigt 1900-tal fick genomslag i politiken och präglade lagstiftarens syn på rätten under lång tid.

²⁴ Karlsson (1999) s. 6.

²⁵ Karlsson (1999) s. 29.

²⁶ SOU 1994:99 bilaga 20 s. 183.

²⁷ Strömholm (1996) s. 101 och Petersson (1973) s. 9.

²⁸ Jfr. Nergelius (1996) s. 94 och särskilt s. 611–613 som menar att det är sannolikt att Uppsalafilosofins inflytelserika, långvariga och omfattande kritik mot naturliga och medfödda rättigheter bidragit till att försvaga de medborgerliga rättigheternas ställning i Sverige, men framhåller också att ett sådant samband är svårt att bevisa.

3.1.2.1 Värden, rättigheter och metafysik

Hägerströms filosofiska gärning genomsyras av uppgörelsen med metafysiken, som han ansåg präglade den samtida rättsvetenskapen.²⁹ Metafysik är, enligt Hägerström, allt som saknar verklighetsinnehåll och kan analyseras på vetenskaplig grund. Utsagor om sanning, moral samt rättsliga förpliktelser är enbart mänskliga föreställningar om dessa tings existens; därmed kan sådana påståenden jämföras med vidskeplighet. Konsekvensen av den hägerströmska grundtesen blir att värdeomdömen inte går att förankra på en vetenskaplig grund. Detta är enligt Hägerström ett faktum som förbisätts i den klassiska juridiken som till stor del är uppbyggd av mytiska föreställningar.³⁰ För rättsvetenskapsmannen, som skall grunda sitt arbete på vetenskapligt förankrade argument, decimeras således området på vilket han kan verka – så vida rättsvetenskapen skall förbli den vetenskap den utger sig för att vara och inte enbart bestå av löst tyckande utifrån metafysiska föreställningar. Rättsvetenskapsmannen bör inte uttala sig om hur rätten bör tolkas eller förändras med hänvisning till moral eller värderingar, ty då är han ute på metafysikens domäner. Det i sammanhanget väsentliga är den strikta uppdelning mellan rättsvetenskap och rättspolitik som grundar sig på uppfattningen om vad som med tillämpning av vetenskaplig metod kan bevisas. Rättsbegreppen existerar för att det finns en mytisk föreställning om och kring dem. Känslor och andra associationer är knutna till begrepp såsom egendom och äganderätt och dessa begrepp existerar blott för att människor varseblir dem, inte för att de har någon förankring i verkligheten. Det är som mänskliga föreställningar rättsbegrepp kan bli föremål för vetenskaplig analys och den objektiva kunskap som kan nås är endast kunskapen om vilka föreställningar som är knutna till ett visst begrepp.³¹ Rättsvetenskapsmannen, domaren och andra jurister hänvisas således till de rättskällor som uttrycker gällande rätt och deras uppgift är att utifrån detta system bidra med klarhet genom sitt strikt vetenskapliga tillvägagångssätt.³² Om juristen går utanför de rättsliga källorna innebär det att han ger uttryck för sina egna känslor.

²⁹ Cassirer (2005) s. 22–23 som också framhåller att Hägerströms motto för sin filosofi var en parafras på Cato: *Praeterea censeo metaphysicam esse delendam* – ”för övrigt anser jag att metafysiken bör förintas”; se också Peterson (2003/04) s. 574 ang. Hägerströms kritik av hur rättsvetenskapen överskridit den vetenskapliga diskurs inom vilken den var avsedd att verka enligt den historiska skolan.

³⁰ Cassirer (2005) s. 107–109.

³¹ Cassirer (2005) s. 125.

³² Se härom i Peterson (2003/04) s. 582.

Hägerström sammanfattade själv sin moraluppfattning med att ”moralvetenskapen icke kan vara en lära i moral, utan blott en lära om moralen”.³³ Likväl menade Hägerström att det är möjligt att det i någon mening går att framställa ett böra, men aldrig ett objektivt böra.³⁴ Detta får sägas vara en radikal relativistisk ståndpunkt, men samtidigt en logisk följd av det kategoriska avfärdandet av metafysiken. Han menade vidare att påståendet att objektiva värden existerar skulle innebära ett återfall till metafysiken eller teologin.³⁵ Detta ställningstagande mötte givetvis kritik. Det kan nämnas att Ernest Cassirer redan 1939 ansåg att Hägerström gått så långt att han angripit det mänskliga förnuftet när han påstod att vissa handlingar inte kan vara goda eller onda, riktiga eller felaktiga.³⁶ Det konsekventa förnekandet av objektiva värden återkommer när Hägerström avhandlar rätten till jämlik behandling på grund av existensen av ett människovärde. Den uppfattningen avfärdas som ”fullkomligt realitetslösa föreställningar”. Viktigt att framhålla är att han inte förnekar att man kan uppfatta ett tillstånd som orättvist, men att den uppfattningen enbart kan grunda sig på en känsla och inte objektiva fakta.³⁷ Genom sitt avståndstagande från objektiva värden har Hägerström blivit kallad värdenihilist, vilket också blivit ett kännetecken för den rättsfilosofiska riktning som byggde vidare på hans arbete – uppsalaskolan.³⁸

Det hävdas att Hägerström i viss mån blivit missförstådd, i synnerhet när det gäller hans tankar kring existensen av värden.³⁹ Här kan framhållas att Hägerström inte förnekar att människor under bestämda betingelser värderar i moraliska och etiska frågor och att detta i sig kan bli föremål för vetenskaplig undersökning, emellertid kan dessa studier aldrig resultera i ett objektivt moraliskt eller etiskt böra.⁴⁰ Även om det möjligen finns fog för uppfattningen att Hägerström till viss del blivit missförstådd förefaller det åtminstone som att hans ståndpunkt är klar i ett för undersökningen avgörande hänseende: rättsvetenskapsmannen skall inte sysselsätta sig med metafysik utan strikt hålla sig till vad som kan betecknas som vetenskap; med andra ord analys av den positiva rätten.

³³ Hägerström (1966) s. 57.

³⁴ Hägerström (1966) s. 50–51.

³⁵ Cassirer (2005) s. 76.

³⁶ Cassirer (2005) s. 82.

³⁷ Hägerström (1966) s. 107–111.

³⁸ Strömberg (1996) s. 103; se också Peterson (2003/04) s. 577.

³⁹ Se Petersons diskussion i *Uppsalaskolan och politiseringen av rättsvetenskapen*, Peterson (2003/04) s. 571–585.

⁴⁰ Hägerström (1966) s. 56.

Karl Olivecrona var Hägerströms lärjunge och utvecklade hans idéer. Betecknande för Olivecronas rättsfilosofi är hur han beskriver begreppen rättighet och skyldighet. Han menar att orden i sig är referenslösa, men att de får sin innebörd genom våra föreställningar om begreppens betydelse.⁴¹ Referenslösa ord kan emellertid förstås med innehåll eller få ett annat innehåll genom människornas inlärningsförmåga. Påståendet att någon har äganderätt till en viss sak kan varken vara sant eller falskt, däremot blir påståendet riktigt i den bemärkelsen att det överensstämmer med en regel i ett regelsystem.⁴² Rättigheter och skyldigheter saknar objektivt värde men kan ändå vara nyttiga genom att de förstås med vissa attribut och på så sätt får begreppen en handlingsdirigerande funktion. Inte för att det finns ett sanktionshot i bakgrunden, utan att människor i allmänhet är inställda på att rätta sig efter regler.⁴³

Andra rättsvetenskapsmän som stått under starkt inflytande av Hägerström och i olika mån utvecklat hans idéer i olika riktning är Vilhelm Lundstedt och Alf Ross. Lundstedt var ännu mer radikal och ansåg att all lagstiftning borde grunda sig på samhällsnyttan och att det var endast i detta sammanhang juristen skulle använda begrepp som ”rättighet”, ”skyldighet”, ”rättsregel”, ”gällande rätt”, ”rättvisa” m.fl.⁴⁴

3.1.2.2 Rättsideologier – blott en akademisk angelägenhet?

Det är inte omotiverat att ställa frågan huruvida den ovan redovisade rättsideologi som Hägerström banade väg för fick något verkligt genomslag bortom den akademiska sfären. Svaret blir att en rad omständigheter talar för att de väsentliga dragen i den ideologi som Hägerström och hans efterföljare försvarade fick betydelse långt bortom akademins väggar. För det första präglades flera generationer svenska jurister vid universiteten av uppsalaskolans tankegångar, främst genom att de lärde sig tillämpa den juridiska metod som karaktäriseras av en stark förarbetsbundenhet och därmed lojalitet gentemot lagstiftaren; något som Hellner uppmärksammade i en artikel i Svensk Juristtidning redan 1956. Han skriver att ”[s]er man till modern utländsk juridik finner man mycket mera sällan den strävan att pröva riktigheten i de egna resonemangen med

⁴¹ Olivecrona (1966) s. 219–221.

⁴² Olivecrona (1966) s. 222.

⁴³ Olivecrona (1966) s. 224.

⁴⁴ Peczenik (1980) s. 16.

den moderna filosofins hjälp som utmärker den skandinaviska juridiken”.⁴⁵ En konsekvens av uppsalaskolans kritik var den rationella syn på domarrollen som fick genomslag under 1920-talet.⁴⁶

För det andra var en rad framträdande politiker som haft ett avgörande inflytande under byggandet av den svenska v

sin akademiska gärning var aktiv socialdemokrat och riksdagsman. Andra framträdande politiker, alla socialdemokrater, som kan nämnas i sammanhanget är Östen Undén, Tage Erlander, Carl Lidbom, Nils Karleby och Gunnar Adler-Karlsson. Det socialdemokratiska partiet hade makten under 65 av de 74 åren under perioden 1932-2006 och så när som på några månader oavbrutet maktinnehav mellan 1932 och 1974. Rättslig och politisk kultur var starkt sammanlänkade och det juridiska tänkande som uppsalaskolan representerade fick genomslag också i den politiska kulturen, vilket i sin tur påverkade den rättsliga kulturen i ett konstitutionellt kretslopp.⁵¹

3.1.3 Velfärdsstaten och den svenska rättskulturen

Det ideologiska landskap som tecknas ovan har som syfte att ge en fond till den fortsatta framställningen. Domarens roll präglades av det samhälle och den konstitutionella väg som Sverige valde att gå, vägled av den ideologiska karta som ritats av Hägerström och förfinad av hans lärjungar. Den skisserade bakgrunden är av central betydelse för att förstå domarens roll i den svenska tappningen av velfärdsstaten som också var starkt präglad av nationalstatstanken.⁵²

Politikens dominans över juridiken har under 1900-talet framträtt mer eller mindre tydligt. Ett ofta citerat uttalande av Carl Lidbom lyder: "Lagar skall inte behandlas med underdånig respekt. De är instrument som används för att uppnå politiska mål".⁵³ Detta må möjligen vara en ytterlighet men den pragmatiska och nyttobetonade syn på rätten som han gav uttryck för är betecknande för en utbredd uppfattning om lagstiftningens funktion.⁵⁴ Mot bakgrund av den ideologiska grundsyn som kan spåras i politiken och dess återverkningar på rättskulturen får Olof Palmes uttalande om Europadomstolen som "Gustaf Petréns lekstuga"⁵⁵ en djupare innebörd. Den funktionssocialism som utvecklades av Gunnar Adler-Karlsson och blev en del av den socialdemokratiska politiken är ytterligare ett exempel på den nyttobetonade syn som etablerats.⁵⁶

⁵¹ Sterzel (1998) s. 16–17 framhåller också uppsalaskolans betydelse i både politiken och juridiken; Nergelius (1996) s. 612 hävdar att det får anses vara klarlagt att Uppsalafilosofin inspirerade och på många sätt var användbar för den svenska socialdemokratin i dess politiska strävanden.

⁵² Begreppet velfärdsstaten förknippas i Sverige ofta med det svenska folkhemmet, ett begrepp som myntades av Per Albin Hansson under valrörelsen 1921, och den långa perioden av socialdemokratiskt styre.

⁵³ SOU 1994:99 bilaga 20 s. 185.

⁵⁴ Jfr. Leijonhufvud (2007) s. 31.

⁵⁵ SOU 1994:99 bilaga 20 s. 193.

⁵⁶ Gunnar Adler-Karlsson utvecklade sina idéer i "Funktionssocialism: ett alternativ till kommunism och

Ett utmärkande drag i den svenska rättskulturen under 1900-talet är synen på den enskildes rättigheter gentemot det allmänna. Med den uppfattning kring lagstiftningens funktion som var utbredd inom framförallt det statsbärande partiet, socialdemokraterna, är detta inte märkligt. Detta synsätt lever alltjämt kvar, även om frågan om rättigheter på senare år gått från att vara en icke-fråga till att åtminstone bli en fråga. Domarens uppgift i den rättskultur som accentuerades under Olof Palmes tid som statsminister var att aktivt verka för att underlätta statens strävan att bygga ett idealsamhälle.⁵⁷ Med en sådan utgångspunkt var det självklart att den enskildes rättigheter inte kunde stå i vägen för det allmänna intresset att genomföra reformer och förverkligandet av det goda samhället. Rättsäkerheten skulle garanteras av riksdag och regering, inte av domare. Tanken att det i domarens roll ingick att skydda den enskilde mot staten var främmande.⁵⁸ Det var inte bara domarna som misstroddes när det gällde frågan om rättigheter; misstroendet gällde juristkåren i allmänhet. Välfärdsstaten och dess institutioner skulle ge folket det goda livet. Det fanns varken utrymme eller förståelse för jurister som tillvaratagare av enskildas intressen gentemot det allmänna intresset.⁵⁹ Systemet fungerade väl under en lång period som präglades av Sveriges unika position gentemot många andra nationer.⁶⁰ Europa skulle byggas upp efter andra världskriget vilket gjorde att möjligheterna var stora för ett land med en intakt industri, en icke eroderad ekonomi och en homogen befolkning med luthersk arbetsmoral – svenskt näringsliv blomstrade. Moraliska, andliga och etiska värden fick stå tillbaka för ekonomiska och rationella överväganden när det goda samhället skulle byggas.⁶¹

3.2 Domaren och den svenska rättskulturen

Huvuddragen i den miljö där den moderna svenska rättskulturen formats har ovan skisserats översiktligt. I det följande skall föras en fördjupad diskussion kring rollen hos en av aktörerna i den svenska rättskulturen: domaren. Avsikten är att fokusera på domarens konstitutionella ställning och hur den svenska rättskulturen definierat

kapitalism” som utkom 1967. Funktionssocialismen blev sedermera en uttalad del av socialdemokraternas politik.

⁵⁷ SOU 1994:99 bilaga 20 s. 184.

⁵⁸ SOU 1994:99 bilaga 20 s. 185.

⁵⁹ Hydén (2007) s. 254.

⁶⁰ Karlsson (1999) s. 20.

⁶¹ Hydén (2007) s. 253.

domarens roll i rättssystemet. Vidare skall domarens verksamhet – rättskipningen – diskuteras på ett konstitutionellt plan.

3.2.1 Uppsalaskolans arv – inom rättsvetenskapen

Rättspositivismens idé om att rätten inte är bindande av någon annan anledning än att den består av bindande normer förefaller attrahera svenska jurister. Förklaringen kan mycket väl sökas i den miljö där unga jurister fostras och deras syn på rätten formas – de svenska juridiska institutionerna vid landets lärosäten, som fram till 1990-talets början var koncentrerade till tre orter Lund, Uppsala och Stockholm.⁶²

Efter att de metafysiska begreppen utmönstrats var det inte meningsfullt att söka fastställa lagstiftarens ”vilja” eller de gällande rättsreglernas språkliga innebörd.⁶³ När de äldre föreställningarna var raserade stod man inför utmaningen att forma en ny rättsvetenskap. Den uppgiften fullföljdes av Hägerströms lärjungar. Lundstedt föreslog i sin rättslära att ”samhällsnyttan” skulle vara den ledande principen vid fri lagtolkning. Han representerade en radikal syn på rättigheter: han förnekade att några sådana existerade.⁶⁴ Olivecronas idé om rättsnormer som fristående imperativer, lagens förmåga att skapa en känsla av bundenhet hos adressaten samt rättigheter och skyldigheters handlingsdirigerande funktion, bygger på den hägerströmska grundtesen om de juridiska begreppens icke-metafysiska karaktär.⁶⁵ Stort inflytande fick också Alf Ross som under påverkan av en rad läror, däribland Hägerströms, utarbetat en egen teoribildning.⁶⁶ En diskussion om den teleologiska lagtolkningen följde i uppsalaskolans kölvatten, med processrättsprofessorn Per Olof Ekelöf som den kanske mest framträdande försvararen.⁶⁷ I sammanhanget bör också nämnas Tore Strömberg och hans teori om begreppet gällande rätt som en social konvention.⁶⁸

Efter uppsalaskolans storhetstid, som får sägas sluta med Olivecrona (d. 1980), kom inflytandet inom den allmänna rättsläran och rättsfilosofin främst utifrån genom de stora

⁶² Juristutbildningarna vid andra lärosäten kom att dröja ända till förra seklets sista decennium, Göteborg och Umeå 1991. Utbildningen i Örebro startade höstterminen 2005.

⁶³ Peczenik (1980) s. 153 och Strömholm (1996) s. 484 ff.

⁶⁴ I en artikel publicerad 1928, året innan han blev invald i riksdagens andra kammare för socialdemokraterna, skriver Lundstedt: ”Jag har också kommit till det resultat, att det faktiskt icke finns några rättigheter och att rättighetsbegreppet är en logisk orimlighet, som rättsvetenskapen endast tack vare sitt fundamentala misstag kommit att allt intill våra dagar laborera med.” Se Lundstedt (1928) s. 84.

⁶⁵ Peczenik (1986) s. 196–197.

⁶⁶ Strömholm (1996) s. 107–109.

⁶⁷ Peczenik (1980) s. 158 ff.

⁶⁸ Peczenik (1980) s. 198–199.

internationella riktningarna. Uppfattningen att det inte är meningsfullt, eller ens möjligt att argumentera kring huruvida en rättsregel är objektivt rättvis eller inte har ändå dröjt sig kvar i den svenska rättskulturen. Senare generationers rättsvetenskapsmän på området fann visserligen stöd i den logiska empirismen och den analytiska filosofin snarare än i uppsalaskolans realism.⁶⁹ Även om realismen i uppsalaskolans tappning ersattes av andra filosofiska riktningar så har dessa i huvudsak varit inriktade på studier inom det rättsliga systemet. Både den logiska empirismen och den analytiska filosofin är sådana inomsystematiska riktningar där det juridiska språket eller det juridiska systemet är det huvudsakliga föremålet för undersökning.

Internationellt fick nyformalismen ett stort genomslag, främst genom John Rawls och hans verk "En teori om rättvisa" (A Theory of Justice). I den moralfilosofiska debatt som följde presenterades konkurrerande teorier utarbetades av filosofer som Ronald Dworkin och Robert Nozick; gemensamt för dem alla är att de på allvar lyfter frågor kring förhållandet mellan rätt och rättvisa. Den debatten kan inte förrän efter det senaste sekelskiftet i någon större utsträckning spåras inom den svenska rättsvetenskapliga forskningen.⁷⁰

Konsekvensen av detta har blivit att den juridiska utbildningen i huvudsak består i att lära studenterna ett hantverksyrke, i den meningen att unga jurister i första hand lär sig den juridiska metoden och blir skickliga på att identifiera det "rättsligt relevanta". Teknik blir viktigare än reflektion, trots de stora orden om självständighet, utomrättsliga aspekter och kritiskt förhållningssätt i högskoleförordningens (1993:100) beskrivning av juristexamen.⁷¹ Att det förhåller sig på det sättet kan förklaras med den skepticism mot moral- och rättviseaspekter som, med några få undantag på senare år, präglar den svenska rättsvetenskapliga debatten.

⁶⁹ Frändberg (2005) s. 392.

⁷⁰ Frändberg (2005) s. 392; se Samuelsson (2008) s. 122–126, särskilt not 328 och s. 124 som noterar en rad svenska avhandlingar där nyformalistisk påverka

Slutsatsen blir att uppsalaskolans betydelse inte i första hand bör sökas i eventuella spår efter en värdenihilism som kanske blott försvarades av ett fåtal radikala hägerströmianer. Det bestående arvet är istället omdaning av rättsvetenskapen vilket fått till följd att rättspositivismen upphöjts över alla teorier och fått en särställning inom den svenska rättskulturen. Kärnan i rättspositivismen är som bekant att juridiken skiljs från moralen; vilket i och för sig inte behöver betyda att moralen inte kan eller bör påverka juridiken, även om den uppfattningen inte fått någon större betydelse i den svenska rättskulturen förrän på senare år.

3.2.2 Uppsalaskolans arv – dess praktiska betydelse för domaren

I sitt praktiska arbete kan inte domaren nöja sig med att lämna en fråga obesvarad med hänvisning att det inte går att nå kunskap om vad som är rätt – domaren måste döma.⁷² I de allra flesta fall finns varken tid eller behov av en djupare reflektion kring övervägandena bakom normerna eller i vilken utsträckning tillämpliga bestämmelser kan rättfärdigas. För den praktiskt verksamma domaren, som i de allra flesta fall rör sig på den lägsta abstraktionsnivån, bland lagar och paragrafer, har dessa frågor inte särskilt stor relevans. Uppsalaskolans arv får därför enbart medelbar betydelse för den praktiskt verksamma domaren. För det första är domarnas första möte med juridiken den juridiska utbildningen och där formas och socialiseras unga jurister in i den rådande rättskulturen. För det andra är domarens konstitutionella ställning relativt svag, domaren ”vet sin plats” och ifrågasätter inte gärna lagstiftaren. Det kan antas att önskan att så göra också saknas, ty det ingår inte i domarens gebit. För det tredje tillämpar domaren i sin rättskipande verksamhet en juridisk metod som ger lagstiftaren ett förhållandevis stort inflytande genom den upphöjda ställning som förarbeten har i svensk rättskällelära. Det första påståendet har diskuterats i avsnittet ovan medan de två kvarstående skall behandlas i det följande.

3.2.3 Allmänt om domarens konstitutionella ställning

Domarens roll ur ett konstitutionellt hänseende har, tills helt nyligen, varit i det närmaste en icke-fråga. Som visats ovan var den politik som formade den moderna

⁷² Vilket framgår av bestämmelserna i 17 kap. RB.

svenska välfärdsstaten starkt präglad av den ideologi som uppsalaskolan utformade. Påverkad av uppsalaskolan förändrades domarens roll i konstitutionellt hänseende i riktning från det ämbetsmannaideal som varit rådande sedan sent 1800-tal till att bli en del av den svenska välfärdsstaten i egenskap av samhällsingenjörer.⁷³ Politikernas roll var att finna ändamålsenliga lösningar och domarens roll var att genomföra dessa. Den flerhundraåriga traditionen av en oklar rågång mellan rättskipning och förvaltning passade utmärkt för detta ändamål. Domarens roll i välfärdsstaten är vidare starkt bunden till synen på rättskipningens samhällsfunktion och det kan argumenteras för att rättskipningen under större delen av 1900-talet har varit mer inriktad på handlingsdirigering än konfliktlösning. Den kanske mest framträdande pläderaren inom rättsvetenskapen för uppfattningen att rättskipningens funktion i första hand skall vara handlingsdirigerande var Uppsalaprofessorn Per Olof Ekelöf, som utvecklade sina idéer utifrån uppsalaskolans tradition.⁷⁴ Ytterligare ett argument för den slutsatsen är vad som anförts ovan beträffande betydelsen av det hägerströmska idéarvet inom politiken som underlättade genomförandet av den progressiva samhällsförändringen genom lagstiftningsåtgärder.

Under 1900-talet inrättades också specialdomstolar och nämnder som dömde i mål som rörde särskilda rättsområden, exempelvis arbetsrätten. Det var områden där olika intressen stod mot varandra och en ledande tanke bakom handläggning i specialdomstol var att ha intresserepresentation i rätten. Specialdomstolarna har varit frikopplade från allmänna domstolar och således har möjligheten att få besluten överprövade varit begränsade eller obefintliga. En utbredd uppfattning bland försvararna av den svenska konstitutionella modellen är att rättighetsfrågor är värderande och bör därför inte avgöras av domare, vars egna värderingar kan komma att påverka utgången i en allt för stor utsträckning.⁷⁵ Sådana överväganden görs bäst inom den statliga förvaltningen. Möjligheterna att få förvaltningsbeslut prövade i domstol har också traditionellt sett varit begränsade.⁷⁶ Här ekar de tongångar som ljudit starka allt sedan Hägerströms tid

⁷³ SOU 1994:99 bilaga 20 s. 173–174.

⁷⁴ Henrik Edelstam redogör i Ekelöf (2002) s. 27–31 för två mot varandra stående synsätt gällande rättskipningens samhällsfunktion. Mot Ekelöfs syn, som starkt betonar handlingsdirigering, ställs Bengt Lindell som istället menar att konfliktlösningen är rättskipningens främsta funktion. Edelstam redogör också för Per Henrik Lindbloms uppfattning som är ett slags mellanting, där både den konfliktlösande och den handlingsdirigerande funktionen betonas. Se också Lindblom (2000) s. 53–54 som delar upp en rad namnkunniga rättsvetenskapsmän efter vilken vikt de tillskriver rättskipningens handlingsdirigerande (Hägerström, Lundstedt, Olivecrona, Ekelöf, Boman m.fl.) respektive konfliktlösande funktion (Bolding, Eckhoff, Lindell, Palmgren m.fl.).

⁷⁵ Bull (1999–2000) s. 807.

⁷⁶ Peczenik (1999) s. 114.

men det bör återigen understrykas att den positiva synen på en stark lagstiftare kan sökas betydligt längre tillbaka i den svenska historien.

3.2.4 Domaren och rättskipningen

I regeringsformen stadgas redan i portalparagrafen RF 1:1 att ”den offentliga makten utövas under lagarna”, vidare framgår av RF 1:8 att ”för rättskipningen finns domstolar och för den offentliga förvaltningen statliga och kommunala förvaltningsmyndigheter”. Av det senare stadgandet kan man lätt få intrycket av att det finns en klar rågång mellan rättskipning och offentlig förvaltning.⁷⁷ Domarens roll synes i egenskap av sin verksamhet i domstolen vara att ansvara för rättskipningen i riket. Men den föreställningen grumlans avsevärt vid en läsning av RF 11 kap. med rubriken ”Rättskipning och förvaltning”. Regeringsformen sammanför rättsväsendet och förvaltningen under samma kapitel, något som är ovanligt i ett internationellt perspektiv.⁷⁸ Förklaringen härtill kan vara, såsom det uttrycks i en rapport från grundlagberedningen: ”den starka ställning som grundlagen i enlighet med svensk tradition tillerkänner förvaltningsmyndigheterna”.⁷⁹ Ett annat sätt att uttrycka samma sak är att hänvisa till den relativt svaga ställning som domarna i enlighet med svensk tradition tillerkänns. Av den i sammanhanget centrala bestämmelsen i RF 11:4 framkommer endast att domstolarnas rättskipningsuppgifter föreskrivs i lag. Någon närmare precisering av vad rättskipning innebär ges inte i regeringsformen. Portalparagrafen i förvaltningsprocesslagen (1971:291) anger att lagen gäller rättskipning i Regeringsrätten, kammarrätt och länsrätt. Det finns inte heller i denna lag någon vidare upplysning vad som avses med rättskipning. I rättegångsbalken (1942:740) återfinns bestämmelsen i 10:17 p. 1 att om tvist skall upptas av annan myndighet än domstol är inte allmän domstol behörig. För brottmål finns en motsvarande bestämmelse i 19:9 1 st. andra meningen. Det tycks således vara upp till lagstiftaren att precisera vad som är en rättskipningsuppgift. Mot bakgrund av bestämmelsen i RF 1:8, att rättskipningen skall handhas av domstol, förefaller det något märkligt att denna fråga inte rönt större intresse.⁸⁰

⁷⁷ Jfr. Warnling-Nerep (2008) s. 35.

⁷⁸ Här kan som en jämförelse framhållas förhållandena i Finland där man i den nya grundlagen (11.6.1999/731) tydligt skiljt mellan rättskipningen och förvaltningen som återfinns i två olika kapitel (rättskipning i 9 kapitlet och förvaltning och självstyrelse i 11 kapitlet).

⁷⁹ SOU 2007:69 s. 17; se också Warnling-Nerep (2008) s. 30.

⁸⁰ Regeringsrådet Gustaf Petrén uppmärksammade detta redan 1975 i en artikel publicerad i SvJT med anledning av att Sveriges riksdag antagit 1974 års regeringsform. Han påpekar att grundlagstiftarna tagit

Den beskrivning av rättsläget som ligger närmast till hands är således det lakoniska konstaterandet att huruvida det rör sig om rättskipning eller förvaltning beror på om det är en domstol eller en förvaltningsmyndighet som enligt lag är utsedd att behandla ärendet i fråga.⁸¹ Detta är ett föga tillfredställande besked, ty begreppet rättskipning implicerar en rad attribut som kännetecknar ordningen i en rättsstat, vilket skall diskuteras närmare i avsnitt 3.2.5. För svenskt vidkommande förefaller gränsen mellan rättskipning och förvaltning inte bara tangera varandra, mellan dem har uppstått en gråzon där förvaltningsmyndigheter handlägger ärenden som kan hänföras till området rättskipning.⁸² Förklaringen härtill kan vara att inom den svenska rättskulturen har Montesquieus maktfördelningslära aldrig riktigt fått fäste.⁸³ Istället har kompetensfördelningen styrts av en annan ideologi, grunduppfattningen har varit att domstolar inte är ett lämpligt forum för att avgöra ärenden som kräver en politisk bedömning.⁸⁴ En skarp gränsdragning mellan rättskipning och förvaltning har helt enkelt inte fordrats i en stat där författningen undantagslöst utgår från folksuveränitetsprincipen. Vidare kan konstateras att den svenska definitionen av rättskipning har visat sig vara snävare än definitionen i Europakonventionen, enligt vilken en rad rättigheter som i Sverige ansetts som förvaltningsrättsliga klassats som civilrättsliga i konventionens mening.⁸⁵ I bakgrunden kan den enligt svensk rättskultur gällande synen på domarens plats i konstitutionellt hänseende skönjas.

avstånd från tanken att dra en generell gräns mellan rättskipning och förvaltning. Se Petrén (1975).

⁸¹ Se Lavin (1972) s. 73 som efter att ha studerat lagförarbeten under 1900-talet konstaterar att kompetensfördelningen mellan domstol och myndighet i huvudsak bestäms av praktiska hänsyn; Hassler kom till samma slutsats när han diskuterade rättskipningens gränsdragning mot förvaltningen i *Svensk civilprocessrätt* från 1967, se härom i Hassler (1967) s. 16. Visserligen behandlar både Lavin och Hassler förhållandena innan tillkomsten av 1974-års regeringsform, men den nya konstitutionen innebar ingen förändring i detta hänseende.

⁸² Självfallet finns det verksamheter som tydligt låter sig inordnas under området rättskipning respektive förvaltning. Som exempel kan anföras att det råder inget tvivel om att handläggandet av brottmålen skall hänföras till rättskipningens områden liksom att en stor del av den verksamhet som Statens fastighetsverk bedriver hänförs till förvaltning.

⁸³ Ekelöf menar att det är först genom Montesquieus maktfördelningslära som man började skilja på rättskipning och förvaltning, se härom i Ekelöf (2002) s. 31; se också ovan angående den i Sverige långa traditionen av en stark stat, som sträcker sig tillbaka till 1600-talet.

⁸⁴ Prop. 1997/98:101 s. 51.

⁸⁵ Lindell (2003) s. 47.

3.2.5 Vad är rättskipning?

Den svenska ordningen, där det avgörande kriteriet för om det är frågan om rättstillämpning är om en domstol som handhar ärendet, har medfört att frågan om kriterierna för vad som är rättskipning inte väckt något särskilt intresse i den rättsvetenskapliga litteraturen.⁸⁶ Frågan förtjänar

Som redan påpekats framgår av RF 1:8 att för rättskipningen finns domstolar. Trots avsaknaden av någon klar definition av begreppet rättskipning kan det, delvis med stöd av det ovan anförda, argumenteras för att det finns vissa kriterier som måste vara uppfyllda för att det skall vara fråga om rättskipning:

- Det skall vara möjligt att presentera bevis och argument för eller mot en viss lösning av tvisten.⁹³
- Avgörandet förväntas vara rationellt motiverat i den meningen att det kan kontrolleras utifrån en accepterad argumentationslinje.⁹⁴
- Vid rättskipning måste det alltid finnas rättsligt stöd i en regel, princip eller standard för de överväganden som görs, det är alltså bara rättsligt relevanta faktorer som kan påverka utgången.⁹⁵
- Den som utövar rättskipning skall vara oberoende och stå fri från den politiska makten.⁹⁶

Om dessa relativt strikta kriterier för vad som är rättskipning tillämpas innebär det att viss verksamhet vid domstol inte når upp till kraven. Exempelvis kan vissa former av summariska processer inte sägas uppfylla ovan ställda kriterier.⁹⁷

3.2.6 Den juridiska metoden och den svenska rättsskälreläran

Det framhålls ofta att förarbeten blott är en av flera rättsskälreläror och att lagtexten har en särställning som rättsskäl. Ändå blir ofrånkomligen förarbetena betydelsefulla i situationer då lagtexten inte ger svar. I andra rättskulturer där förarbetena har mindre betydelse och därför också är mindre utförliga blir domaren av naturliga skäl hänvisad till ett mer aktivt resonemang i domskälen.⁹⁸ Vid sidan av lagen och lagförarbetena har

⁹³ Se Lindell (2000) s. 19.

⁹⁴ Beträffande rationellt motiverat avgörande hänvisas till Lindell (2000) s. 20. Preciseringsen vad som är ett rationellt motiverat avgörande är författarens.

⁹⁵ Jfr. Lindell (2006) s. 25 och 35 ang. tvistbegreppet i rättskipningen respektive rättsligt relevanta förutsättningar.

⁹⁶ Detta kriterium kan härledas ur en allmän rättsstatligt princip som för svenskt del kommer till uttryck i RF 11:2. Se också EKMR art 6.1 som talar om "[...] en rättvis och offentlig förhandling inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag".

⁹⁷ Jfr. departementschefens uttalande i prop. 1989:90:85 s. 31 som anser att den summariska processen inte är "rättskipning i egentlig mening".

⁹⁸ Se Sterzel (1998) s. 47 som menar att domstolarna i Sverige går långt i fråga om lojalitet mot

också prejudikatsbildningen i Högsta domstolen och Regeringsrätten stor betydelse. Peczenik skrev i slutet av förra seklet att "[d]en svenska grundlagens inbyggda lagpositivism – modererad med en portion rättsfallspositivism – är helt naturlig i nutidens rättskultur".⁹⁹ Att rättspositivismen är fast förankrad i den svenska rättskulturen framstår inte som ett särskilt djärvt påstående.

Åter till förarbetena och deras betydelse. Det är inte nog att påstå att förarbetena har stor betydelse och att domarna i sin rättskipande verksamhet frekvent åberopar däri gjorda uttalanden. Av avgörande betydelse är även på vilket sätt domarna använder förarbetena.¹⁰⁰ Först kan konstateras att förarbeten uteslutande används som rättskälla vid så kallad bunden tolkningsmetod.¹⁰¹ Vid tillämpning av bunden tolkningsmetod görs skillnad på objektiv och subjektiv tolkning.¹⁰² Objektiv tolkning innebär i sin renodlade form att ingen hänsyn tas till lagstiftarens ursprungliga intentioner med lagstiftningen.¹⁰³ Lagen lever så att säga sitt eget liv när den väl är kungjord, vid en objektiv tolkningsmetod blir lagstiftarens övervägande såsom de uttrycks i förarbetena av mindre vikt. Subjektiv tolkning är den objektiva tolkningens motsats och innebär att lagstiftarens ursprungliga intentioner med regleringen i fråga är ledande och får betydelse även efter att lagen kungjorts. Vid tillämpandet av den subjektiva metoden blir således förarbetena en viktig källa för att nå denna kunskap.

Utöver att finna lagstiftarens bakomliggande intentioner, kan domaren vid subjektiv tolkning också söka efter särskilda uttalande om hur en viss regel skall tolkas eller rent av ett lagstiftaren angivet konkret exempel på avsedd tillämpningssituation. Det framgår

lagstiftaren och lägger större vikt vid förarbeten än domstolarna i något annat land; Se också Frändberg (2005) s. 241. Det kan vidare nämnas att utförliga lagmotiv inte är någon ny företeelse i svensk rätt. När den lagkommitté som skulle leda arbetet med att utforma det som kom att bli 1826-års civillagsförslag fick sitt uppdrag av riksdagen, beslutades att hela förslaget samt motiven skulle tryckas och försäljas till allmänheten. Tanken var att lagförslaget skulle nå ut till folket för allmän kännedom, men också ge utrymme för eventuella anmärkningar.

⁹⁹ Peczenik (1999) s. 143.

¹⁰⁰ Frändberg (2005) s. 243.

¹⁰¹ Bunden lagtolkning innebär att rättstillämparen på olika sätt är bunden till den aktuella lagen. Dess motsats är den fria lagtolkningsmetoden som innebär att domaren frigör sig från både lagens ordalydelse och de bakomliggande lagstiftarintentionerna. Denna tolkningsmetod kan tillämpas exempelvis om författningen i fråga är ålderdomlig. EG-domstolen extensiva tolkningar utifrån Romfördragets grundläggande principer kan ses som ett exempel på tillämpning av fri tolkningsmetod, se härom i Bernitz (2002) s. 21.

¹⁰² Redogörelsen mellan objektiv och subjektiv tolkning bygger i huvudsak på Åke Frändbergs beskrivning av olika tolkningsmetoder, se Frändberg (2005) s. 243–244.

¹⁰³ Objektiv tolkning kan delas upp i formell och objektiv teleologisk; formell tolkning kan i sin tur delas upp i språklig respektive systematisk tolkning. Objektiv teleologisk tolkning innebär att domaren i de svåra fallen skall bestämma ändamålet med den faktiska bestämmelsen utifrån en hypotetisk lagstiftares överväganden. Det kan därför argumenteras för att objektiv teleologisk tolkning är en typ av fri lagtolkningsmetod. Den objektiva teleologiska metodens kanske mest framstående försvarare i Sverige var Per Olof Ekelöf.

ibland också hur en viss bestämmelse *inte* skall tolkas samt hur den systematiskt förhåller sig till övrig lagstiftning. En motsvarande underkategorisering som vid objektiv tolkning kan göras beträffande subjektiv tolkning, således en uppdelning på formell subjektiv tolkning och subjektiv teleologisk tolkning. Följaktligen kan formell subjektiv tolkning delas upp i språklig respektive systematisk subjektiv tolkning. Vid subjektiv teleologisk tolkning skall domaren dels genom att konstatera hur tillämpningen sker vid klara fall och dels genom uttalanden i förarbeten klarlägga lagstiftarens ändamål med lagen. I den svenska rättskulturen får den subjektiva tolkningsmetoden anses vara den huvudsakliga i fall då lagtexten inte ger besked. Det kan rent av påstås att förarbetena tjänar som en precisering av lagtexten.¹⁰⁴ I vissa har domare vid en konflikt mellan lagtext och ett förarbetsuttalande givit det senare företräde.¹⁰⁵ Förklaringen härtill kan sökas i domarens ställning gentemot lagstiftaren i rättskulturellt hänseende. För domaren blir det naturligt att söka lagstiftarens intentioner i förarbetena, liksom det för lagstiftaren blir naturligt att i förarbetena utförligt redogöra för hur lagen är tänkt att tillämpas.

Utifrån folksuveränitetsprincipen kan det argumenteras för att domaren genom att söka svar i förarbetena därigenom uttrycker respekt för den demokratiska principen. Ett vanligt argument för att domare skall vara lojala gentemot lagstiftaren genom användning av förarbeten är att det ger en förbättrad förutsägbarhet och därigenom ökar rättsäkerheten.¹⁰⁶ Emellertid riskerar en domare som i allt för stor utsträckning söker ledning i förarbetena att äventyra rättsäkerheten genom att en bestämmelse ges en tolkning som svårligen kan låtas göras vid en objektiv språklig tolkning.¹⁰⁷ Vidare kan det ifrågasättas i vilken grad förarbeten svarar mot folksuveränitetsprincipen då eventuella åsikter som framförs i Riksdagen i samband med röstningen om antagandet av ett visst lagförslag sällan åberopas i en rättslig argumentation. Det är i första hand regeringens och departementschefens åsikter som beaktas.

¹⁰⁴ Folke Schmidt konstaterade redan 1955 att "[...] vi i vårt land numera faktiskt arbetar med ett system, där lagförarbeten får utgöra en direktivkälla som supplerar lagtexten", se Schmidt (1955) s. 276.

¹⁰⁵ Frändberg (2005) s. 244.

¹⁰⁶ Frändberg (2005) s. 249.

¹⁰⁷ Som exempel kan anföras NJA 1985 s. 788 där det i § 1 i lagen (1962:612) om förbud mot professionell boxning uppställdes ett "förbud mot att här i riket delta i tävlings-, uppvisnings- eller träningsmatch i professionell boxning". Målet gällde en person som bedrivit slagträning med sparringpartner. Med hänvisning till lagstiftarens uttalanden i propositionen och i en departementspromemoria fann en enig sats i HD att också slagträning med sparringpartner skulle betraktas som träningsmatch. Särskilt mot bakgrund av att detta rörde ett mål som stod under allmänt åtal och att påföljden bestämdes till dagsböter.

3.2.7 Domstolarnas rättsskapande funktion

Normer utfärdade av lagstiftaren riktar sig till ett flertal – hur många beror på vilket område lagen berör – adressater medan rättskipning alltid sker i ett konkret och enskilt fall.¹⁰⁸ Lagstiftaren kan omöjligen täcka in alla tänkbara (och otänkbara) scenarier vid lagstiftningsarbetet. Ett sätt för lagstiftaren att lagstiftningstekniskt förhålla sig till detta är att i den aktuella lagen införa en generalklausul. Domarens roll blir att genom utfyllning precisera och klargöra rättsläget utifrån den medvetet vaga och allmänt hållna bestämmelsen. En annan typ av allmänt hållen bestämmelse är målstadganden, som är tänkt att uttrycka *lagstiftarens* mål med lagstiftningen snarare än att, som generalklausulen, utgöra en bestämmelse på vilken ett enskilt rättsanspråk kan grundas.¹⁰⁹ Vid en första anblick kan dessa allmänt hållna bestämmelser ge sken av att överlämna ett betydande ansvar till domaren och domstolen att genom prejudikatsbildning leda rättsutvecklingen. På en rad områden är detta också fallet och särskilt inom den offentliga rätten kan detta uppfattas som kontroversiellt.¹¹⁰ Alla typer av generella, vagt preciserade lagstadganden, riskerar att ställa domaren inför en situation där han eller hon tvingas till lämplighetsavvägningar, som enligt den svenska rättskulturen i första hand hör hemma i den politiska och inte den rättskipande verksamheten.

Ramlagstiftningen innebär i korthet att normgivningsmakten flyttas från riksdags- och regeringsnivå till myndighetsnivå. Utifrån en allmänt hållen ramlag bestämmer behörig myndighet närmare föreskrifter, ofta både detaljerade och omfattande. Detta är en trend som pågått sedan 1970-talet och ur konstitutionellt hänseende kan denna maktförskjutning uppfattas som ett problem.¹¹¹ Någon fördjupning kring detta skall emellertid inte göras inom ramen för detta arbete, men en viktig skillnad mot generalklausulerna kan noteras. Domarens rättsskapande utrymme blir i praktiken mindre då föreskrifter på detaljnivå utfärdade av myndigheter lämnar liten möjlighet för domaren att genom tolkning och tillämpning påverka rättsläget.¹¹²

¹⁰⁸ Jfr. Bull (1999/00) s. 804 som menar att domstolarna genom tillämpning i konkreta fall ger rätten innehåll.

¹⁰⁹ Se Sterzel (1998) s. 121, som använder termen ”målregel”.

¹¹⁰ Bull (1999/00) s. 805.

¹¹¹ Sterzel (1998) s. 127.

¹¹² Här kan visserligen en normhierarkisk aspekt anföras. Om den utfärdade föreskriften strider mot en norm av högre rang kan domaren underlåta att tillämpa föreskriften i fråga med stöd av RF 11:14, utan hinder av det omskriva uppenbarhetsrequisitet som bara gäller föreskrifter beslutade av riksdag och regering.

Ett sätt för lagstiftaren att snäva in domarens handlingsutrymme är så kallad ”lagstiftning genom förarbetsuttalanden”, vilket innebär att lagstiftaren i motiven utförligt preciserar allmänt hållna bestämmelser i författningstext. I praktiken är visserligen en proposition tillgänglig i samma utsträckning som ett vägledande prejudikat eller en förordning utfärdad av behörig myndighet, men om preciseringen i förarbetena innebär en avgränsning eller utvidgning som inte följer av allmänspråklig tolkning väcker detta förfarande vissa betänkligheter ur legalitetssynpunkt, åtminstone principiellt. Vidare blir det mot bakgrund av den rådande rättskulturen svårt för domaren att gå emot sådana klara uttalanden i förarbetena, trots att det inte finns någon egentlig plikt att följa dessa. Domarens rättsskapande funktion är således inom vissa områden skenbar.

3.2.8 Lagprövning i svensk rätt

Grundlagarna har, till skillnad mot förhållandet i många andra demokratier, inte som författningsdokument betraktade haft en särskilt upphöjd plats i den svenska rättskulturen. Som en konsekvens av den svenska synen på grundlagarna uppkom ett motstånd mot att tillåta domaren att åsidosätta en lag av lägre konstitutionell valör med hänvisning till att den stred mot grundlag. Huruvida det ens var möjligt för en domstol att pröva en lag eller norms förenlighet med annan norm av högre rang, inklusive grundlagarna var länge oklart och existensen av en sådan rätt ifrågasattes av bland annat Östen Undén.¹¹³ Högsta domstolen prövade detta i NJA 1964 s. 471 och fann att en sådan rätt fanns, men fastslog också att vid sådan prövning skall det uppenbarhetsrekvisit som redan tidigare etablerat sig i praxis tillämpas.

När frågan om grundlagarnas ställning blev aktuell under arbetet med det som kom att bli 1974 års regeringsform blev synen på den starka tilltron till politiken tydlig.¹¹⁴ Det i praxis etablerade uppenbarhetsrekvisitet fann man ingen anledning att ändra.¹¹⁵ Synen på uppenbarhetsrekvisitetet var att så länge riksdagen tillämpar ett visst grundlagsstadgande på ett sätt som ligger inom ramen för en *möjlig tolkning* är tillämpningen grundlagsenlig.¹¹⁶ Sedan årsskiftet 1979/80 finns genom RF 11 kap. 14 § en bestämmelse i grundlagen om domstolars lagprövningsrätt. Domstolens grundlag-

¹¹³ Nergelius (1996) s. 665 med hänvisning till SvJT 1956 s. 260–263.

¹¹⁴ Karlsson (1999) s. 20–21.

¹¹⁵ SOU 1978:34 s. 108 f.

¹¹⁶ KU 1978/79:39 s. 12–13.

stadgade rätt att pröva lagar och förordningar som riksdag och regering stadgat bygger således alltsedan lagprövningsrätten etablerades i praxis på ett ”uppenbarhetsrekvisit”; domstolen får endast åsidosätta dessa författningar om det föreligger något fel som är ”uppenbart”, vilket i praktiken gjort bestämmelsen tämligen uddlös. Det faktum att bestämmelsen tillämpats sparsamt sedan den infördes ger stöd för detta påstående.¹¹⁷

¹¹⁷ NJA 2000 s. 132. Se dock NJA 2005 s. 33 där Högsta domstolens majoritet hävdar att den i 2000 års avgörande avslutande hänvisningen till 11 kap. 14 § RF ”[...] bör vara att så förstå att det var fråga om något annat än en lagprövning enligt den paragrafen”. I 2005 års avgörande skulle det således röra sig om en oreglerad form av ”partiell icke-tillämpning av en delvis grundlagsstridig lagbestämmelse”. Se vidare angående detta i SOU 2007:85 s. 36–39.

3.3 Sammanfattning

I detta kapitel har en rad utmärkande och betydelsefulla drag i den svenska rättskulturen identifierats och diskuterats. Resonemanget har förts på ett rättsideologiskt plan där filosofiska grundpositioner och lagtolkningsläror undersökts i syfte att klarlägga den svenska synen på rätten i allmänhet och domarens roll respektive rättskipningens funktion i synnerhet. En rad noteringar av betydelse för den fortsatta framställningen låter sig göras.

För det första kan det konstateras att Sverige under hela efterkrigstiden präglats av en tydligt vertikal maktodelningsmodell, vilket har sin ideologiska förklaring i folksuveränitetens starka ställning i modern svensk konstitutionalism. Makten utgår från folket som representeras av den lagstiftande församlingen, riksdagen. Det har i detta kapitel visats att domaren under 1900-talets andra hälft allt mer kommit att fundera som lagstiftarens förlängda arm genom den långtgående lagstiftarlojalitet som blivit en följd av den svenska rättskulturens natur.

För det andra har Hägerströms ideologiska inflytande satt sin prägel på den svenska rättskulturen. Två noteringar av särskild betydelse låter sig göras. (1) Hägerströms strikta vetenskapssyn har starkt bidragit till de snäva ramar som kännetecknar juridisk vetenskap, vilket också påverkar den juridiska argumentationen och omfattningen av vad som anses vara rättsligt relevanta hänsyn vilka domaren kan lägga till grund för sina överväganden. (2) Den hägerströmska rättighetskritiken har påverkat den svenska politiken i stor utsträckning genom att ett relativistiskt synsätt inlemmades i den socialdemokratiska ideologin. Rättens avmytifiering passade de politiska ändamålen och den sedan långt tidigare fastlagda ideologin som innebar ett progressivt socialt förändringsarbete inom ramen för det parlamentariska styrelseskicket. Sammantaget fick detta till följd att den enskildes rättigheter, på domstolsnivå, fick liten betydelse i förhållande till det allmännas (statens) intressen. Sådana överväganden låg enligt den svenska rättskulturen på lagstiftarens bord. Politiken var strikt åtskild från juridiken, samtidigt som juridiken var ett viktigt verktyg för politiken.

För det tredje kan den särpräglade svenska juridiska metoden – där förarbetena har en särskild plats och där lojaliteten gentemot lagstiftarens överväganden är stor – sägas vara en viktig komponent i den svenska rättskulturen. Det sagda är ytterligare en anledning till lagstiftarens starka ställning i Sverige. Som antytts i förevarande kapitel

förefaller detta emellertid inte kunna förklaras enbart av de hägerströmska idéernas genomslag, utan förklaringen bör sökas längre tillbaka i den svenska förvaltningshistorien. Den omvärdering av rättsvetenskapen som den hägerströmska kritiken fick till följd innebar emellertid en accentuering av en redan etablerad rättskulturell parameter. Under alla omständigheter har förarbetena ställning stärkts ytterligare under efterkrigstiden vilken präglades av stora sociala reformer. Som en följd därav har domarens benägenhet att söka ledning av lagstiftarens överväganden såsom de presenteras i förarbetena än mer ökat.

För det fjärde kan konstateras att rågången mellan rättskipning och förvaltning inte närmare låter sig preciseras, vilket i sin tur kan ses som en konsekvens av den svenska konstitutionella ordningen som inte krävt en tydlig uppdelning mellan dessa båda verksamheter. En följd av detta har blivit att rätten till domstolsprövning för beslut som drabbar enskilda har varit starkt begränsad. I förekommande fall har i händelse av intressekonflikt den enskildes intressen vägt lätt i förhållande till det allmännas intressen.

Efter den inledande – och till stor del tillbakablickande redogörelsen – övergår undersökningen i att diskutera förändringstendenser i den svenska rättskulturen. Avsikten är att kontrastera nya ideologiska inslag i rättskulturen mot den tidigare rådande ordningen.

4 Rättighetsangreppet

4.1 Historien och filosofin bakom EKMR

4.1.1 Kort historisk bakgrund

Idén om vissa mänskliga oförytterliga rättigheter kan sökas åtminstone tillbaka till 1700-talet, med den amerikanska självständighetsförklaringen och franska revolutionen som viktiga milstolpar. Omfattningen av "mänskligheten" var emellertid, om inte detta redan framkom i de nedtecknade författningarna, så åtminstone i praktiken, tämligen begränsad i det hänseendet att med mänskligheten avsågs underförstått vita män som förde en socialt accepterad tillvaro. Därför kom det att dröja till efter andra världskriget innan mänskliga rättigheter erkändes i ett internationellt avtal, FN:s deklaration om mänskliga rättigheter. Tidigare hade internationella avtal rörande mänskliga rättigheter varit relaterade till en speciell grupp, inte mänskligheten som helhet.¹¹⁸ En efterföljare till FN-konventionen på regional nivå kom inte långt därefter att utarbetas i Europa. Vid Europakongressen i Haag, Nederländerna, den 8-10 maj 1948 förordades att de samlade staterna skulle anta en konvention om de mänskliga rättigheterna och för att garantera att en sådan konvention efterlevdes inrätta en domstol med adekvata sanktionsmöjligheter.¹¹⁹ Det kom sedan att dröja fram till den 18 maj 1954 innan konventionen trädde i kraft.

Professor Robertson, tidigare verksam i Europarådet, framhöll redan 1963 två viktiga förklaringar till varför mänskliga rättigheter genom Europakonventionen givits en status, avsevärt mer upphöjd än någonsin tidigare: andra världskriget och efterkrigstidens ideologiska konflikt mellan öst och väst.¹²⁰ Den skärseld som andra världskriget inneburit, inte bara för Europa, utan för stora delar av världen, fanns självfallet färskt i minnet under arbetet med konventionen. En stor del av Europa var ockuperat av stater med ett totalitärt styrelseskick och många av de statsmän som medverkade till konventionens förverkligande hade själva direkt erfarenhet av vad det innebär att leva i ett samhälle där individens rättigheter är satta på undantag. I

¹¹⁸ Robertson (1963) s. 1–2.

¹¹⁹ Robertson (1963) s. 6–7.

¹²⁰ Robertson (1963) s. 4–5; se också prop. 1993/94:117 s. 10 där ett liknande, om än något förenklat, resonemang förs kring Europakonventionens bakgrund.

efterdyningarna av kriget blossade en ny konflikt upp, en ideologisk kraftmätning mellan öst och väst. Tron på demokratiska värden kombinerat med rädsla för kommunismen gjorde att de europeiska nationerna genom arbetet med konventionen hade något att samlas kring.

4.1.2 En liberal rättighetssyn etableras

I Europakonventionens inledning talas om "[...] europeiska stater vilka besjålas av samma anda och äger ett gemensamt arv i sina politiska traditioner, sina ideal, sin frihet och sin grundläggande rättsuppfattning [...]". Bakom dessa ord kan anas en idé om att det finns vissa värden som inte är blott uppfattningar, utan är verkliga och förankrade i mänskligheten som sådan. Det är därför möjligt att tala om en liberal rättighetssyn, ty vad konventionen beskriver är rättigheter som tillkommer alla individer på den enkla grunden att de är människor. Oavsett om man ser Europakonventionen som ett uttryck för en liberal rättighetsidé eller blott som ett uttryck för positiv rätt som fått sitt konkreta innehåll genom Europadomstolens praxis framstår en slutsats som uppenbar: Genom Europakonventionen har i svensk rättskultur en syn på individuella rättigheter etablerats som tidigare varit främmande.¹²¹ Europadomstolens betydelse i detta sammanhang kan inte nog understrykas. Det är domstolens verksamhet och utveckling av praxis som gjort konventionen till ett levande dokument vars genomslag faktiskt påverkat rättsutvecklingen i de anslutna staterna.¹²² Det är inte rättigheternas materiella innehåll eller principerna bakom dem som är nya, Sverige har framstått som en av de ivrigaste försvaren av mänskliga rättigheter på en rad viktiga områden.¹²³ Det är istället synen på dessa rättigheters status som oförryttliga och tungt vägande, inte blott som ideal som upprätthålls i den mån det är möjligt men ofta får vika om andra intressen bedöms väga tyngre. Som visats ovan har det i svensk rättskultur varit en främmande tanke att domare skall avgöra hur långt en rättighets räckvidd sträcker sig. Om möjligt än mer främmande har tanken varit att svenska domare, med hänvisning till att de funnit att lagstiftningen i fråga strider mot en rättighet inte tillämpar en norm vars grund bygger på politiska överväganden.

¹²¹ Se vidare i avsnitt 4.2.2.

¹²² Bernitz (2002) s. 139.

¹²³ Någon avgörande skillnad mellan negativa och positiva rättigheter har emellertid inte gjorts i Sverige. Till de negativa rättigheterna räknas dem som skyddar individerna från olika former av övergrepp och ingrepp i den privata sfären. Till de positiva rättigheterna räknas olika sociala rättigheter som rätt till arbete och utbildning.

4.1.3 Sveriges ratifikation av EKMR

Sverige var en av de nationer som var med vid utarbetandet av Europakonventionen. Redan under processen med att utarbeta protokollet visade de skandinaviska länderna, däribland Sverige, tillsammans med Storbritannien ett visst motstånd.¹²⁴ Sveriges representanter intog en nationalistisk hållning och ville inte acceptera någon inskränkning i nationens självständighet och suveränitet. Inställningen var att istället så långt det var möjligt lita på den goda viljan hos de enskilda staterna och den respekt för mänskliga som traditionellt fanns hos varje nation.¹²⁵ I Sverige konstaterades också i en kommentar till deklarationens principer att dessa hade sin motsvarighet i grundlagar eller på annat sätt i svensk lagstiftning och att det var tillfredställande att dessa principer nu lyfts upp till internationell nivå.¹²⁶ Motståndet från svenskt håll kan förklaras på flera sätt. En förklaring är ideologiskt. Såsom visats ovan var synen på rättigheter att dessa var blott föreställningar och saknade egentlig verklighetsförankring. En annan kan vara den framgångsrika neutralitetslinjen som intagits under kriget, det fanns en stark tro på den ensamma vandringen längs den nationella vägen.¹²⁷

4.1.4 Sveriges erkännande av Europadomstolens jurisdiktion

När Europarådets utrikesministerkommitté väl beslutat att konventionen skulle förverkligas tillsattes två kommittéer. I anslutning till arbetet med ett förslag till en konvention om de mänskliga rättigheterna diskuterades också frågan om upprättandet av en domstol för garantera att det skydd som konventionen gav också efterlevdes. Sverige var ett av de länder som var skeptiskt inställda upprättandet av en domstol.¹²⁸ Sveriges delegat, Sture Petré, föreslog emellertid en kompromisslösning som innebar att man medgav inrättandet av en domstol, men att det sedan skulle vara fritt för nationerna att

¹²⁴ I Europarådets utrikesministerkommitté var Sverige representerade i form av Östen Undén, se Kellberg (1990) s. 300.

¹²⁵ Teitgen (1993) s. 11.

¹²⁶ Mårsäter (2005) s. 262; se också prop. 1951:165 s. 11–12 angående rätten till domstolsprövning där departementschefen uttalar att en granskning av de i konventionen upptagna rättigheterna "[...] icke läser möta något hinder för Sverige att ansluta sig till konventionen" och att "[b]estämmelserna i artikel 6 om rättegångsgarantierna äro i full utsträckning täckta av rättegångsbalken".

¹²⁷ Detta skall utvecklas närmare i kapitel 5.

¹²⁸ Kellberg (1990) s. 301.

ansluta sig.¹²⁹ Sveriges utrikesminister, Östen Undén, var avvaktande gentemot hela projektet och såg det som ett folkrättsligt experiment. Han menade att tiden fick utvisa om det fanns något praktiskt behov av domstolen och var därför av den uppfattningen att Sverige tillsvidare inte skulle erkänna domstolens jurisdiktion.¹³⁰

4.1.5 Inkorporerandet av konventionen i svensk rätt

Sverige ratificerade alltså konventionen redan 1953 och erkände domstolens jurisdiktion 1966, men inkorporerandet i det svenska rättssystemet skulle dröja ända fram till 1994. I en dualistisk stat som Sverige blev konsekvensen för rättskiparen att konventionen fram till inkorporerandet inte var direkt tillämplar såsom en nationell lag. Frågan om konventionens ställning gentemot den nationella lagstiftningen klargjordes i viss mån innan inkorporerandet genom den praxis som utarbetades i de nationella domstolarna. En princip om fördragskonform tolkning utarbetades, vilken innebar att svensk lag skulle tolkas i enlighet med konventionen, så långt det var möjligt, även om det innebar ett frångående av lagstiftarens ursprungliga intentioner med nationella lagen.¹³¹ Mot bakgrund av de svenska ingångsvärdena är det inte särskilt svårt att förstå den förvåning som uppstod när Sverige senare av Europadomstolen fälldes i en rad uppmärksammade fall. Den svenska rättsordningen befanns vara bristfällig och ansågs inte tillgodose rättighetsskyddet i en av konventionens centrala artiklar, rätten till en rättvis rättegång.

När konventionen slutligen inkorporerades blev det något av en kompromiss, eller för att använda professor Ulf Bernitz ord: ”en halvmesyr”.¹³² Konventionen gavs inte grundlagsstatus, istället inkorporerades den som svensk lag av normal status. För att markera konventionens betydelse och ställning infördes emellertid en ny bestämmelse i regeringsformen, RF 2:23, som stadgar att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av konventionen.¹³³ Bakgrunden var att regeringen ville att förslaget skulle bygga på politisk enighet.¹³⁴ Utifrån vad som framkommit vid överläggningar mellan företrädare för riksdagspartierna utarbetade den

¹²⁹ Kellberg (1990) s. 302.

¹³⁰ Kellberg (1990) s. 304.

¹³¹ Se härom i Danelius (2007) s. 34 och Bernitz (2002) s. 141.

¹³² Bernitz (2002) s. 139.

¹³³ Prop. 1993:94/117 s. 48.

¹³⁴ Prop. 1993:94/117 s. 7.

politiskt sammansatta Fri- och rättighetskommittén sitt förslag till riksdagen.¹³⁵ Det valda tillvägagångssättet vid inkorporeringen kan förklaras av den misstro mot domstolskontroll och efterföljande inskränkning av den politiska handlingskraften, som framförallt präglat socialdemokratien.¹³⁶ Trots visst motstånd innebar inkorporandet ett erkännande av konventionens betydelse, om än inte undantagslöst. Från politiskt håll kan anas att det inte i första hand är av ideologiska skäl man valt att slutligen inkorporera konventionen, utan snarare av praktiska skäl.

4.2 Rättstillämpningen och EKMR

4.2.1 Svensk rättskultur möter europeiskt rättighetstänkande

I konventionens artikel 6 stadgas att det skall finnas en möjlighet att få beslut som rör civila rättigheter prövade vid en opartisk och offentlig rättegång inom en skälig tid inför en oavhängig och opartisk domstol. Sverige har inte kunnat uppfylla dessa krav fullt ut och har därför vid upprepade tillfällen fällts av Europadomstolen för brott mot artikel 6.1. Något av en rättslig kulturkrock har uppstått mellan Europadomstolens etablerade praxis och den svenska rättskulturen. En viktig orsak till denna kulturkrock förefaller vara att vad som i Sverige ansetts vara en fråga för förvaltningen har av Europadomstolen bedömts tillhöra en sådan civil rättighet som omfattas av rätten till domstolsprövning. Europadomstolens uppfattning överensstämmer med normalsynen i de flesta andra europeiska stater.¹³⁷ Gränsen mellan rättskipning och förvaltning är enligt det europeiska synsättet definierad på ett annat sätt än i Sverige.¹³⁸ Enligt det europeiska synsättet innefattar civila rättigheter en rad områden som enligt svensk tradition inte betraktats som sådana "rättigheter" som är möjliga att göra gällande inför en domstol. Mest uppenbart har diskrepansen blivit på det social- och förvaltnings-

¹³⁵ Prop. 1993/94:117.

¹³⁶ Bernitz (2002) hänvisar på s. 144 i not 23 till den framträdande socialdemokraten Tage G Petersons beskrivning av saken i memoarboken *Resan till mars*.

¹³⁷ Se Warnling-Nerep (2008) s. 33.

¹³⁸ I sammanhanget kan också nämnas Smith (2000) s. 24–25 och 29 som uppmärksammar att de svenska förvaltningsdomstolarna, som fram till 1974 års regeringsform räknades som förvaltningsmyndigheter snarare än domstolar, genom huvudregeln att de anförtros både en laglighets- och lämplighetsprövning har större makt än förvaltningsdomstolar i andra europeiska länder. Smith menar vidare att ett avskärande av den "konstitutionella navelsträngen" mellan rättskipning och förvaltning i Sverige skulle öka medvetenheten om behovet av en tydligare ansvarsfördelning mellan myndigheter och förvaltningsdomstolar.

rättsliga området.¹³⁹ Den svenska uppfattningen har traditionellt varit att staten i egen-
skap av utbetalare eller tillståndsgivare har ansetts äga tolkningsföreträde i de
lämplighetsfrågor som uppkommer, varför en domstolsprövning inte ansetts nödvändig
eller ens passande.¹⁴⁰ En förklaring till det svenska synsättet, som resulterat i detta inte
helt friktionsfria möte, kan vara en stor tilltro till en stark lagstiftare som tillåts agera
rationellt och handlingskraftigt. Den lagstiftande församlingen kan sägas ha existerat
som en egen storhet, en mittpunkt kring vilket allt i samhället kretsar. När det
kontinentala rättighetstänkandet slutligen på allvar etablerat sig i Sverige har
konsekvensen blivit en – kanske ofrivillig – kopernikansk vändning i synen på
rättigheter och rätten till domstolsprövning.

4.2.2 När det rättsliga maskineriets kuggar inte griper in i varandra¹⁴¹

Föregångaren bland svenska mål anhängiggjorda vid Europadomstolen var Sporrong-
Lönnroth¹⁴², där Sverige blev fällt för att man inte erbjöd domstolsprövning av
regeringens beslut om expropriationstillstånd. Genom detta avgörande blev det för
första gången på allvar uppmärksammat att den svenska inställningen till domstols-
prövning inte var oproblematiske.¹⁴³ Sporrong-Lönnroth var inte någon engångs-
företeelse. Under en tid intog Sverige en föga smickrande förstaplats i statistiken över
klagomål till Europadomstolen och Sverige blev också fällda i en rad fall, flera
avgöranden rörde rätten till domstolsprövning.¹⁴⁴

Det blev efter en rad fällande domar mot Sverige uppenbart att den svenska
ordningen behövde ses över för att möta konventionens krav. Lagstiftaren har därför
vidtagit en rad åtgärder för att sammanjämka den svenska ordningen med den
europeiska. Detta arbete har pågått i 20 år och utvecklingen under den tiden har
förändrat den svenska rättsordningen, trots att anpassningen snarare gått ut på att släcka
bränder än att genomföra en verklig översyn av den svenska rättsordningen. I första

¹³⁹ Bland mål där Sverige fällts av Europadomstolen kan nämnas: Dom 23 september 1982, Series A No 52 (Sporrong-Lönnroth som rörde förlängning av expropriationstillstånd); Dom 27 oktober 1987, Series A No 125 –A (Pudas som rörde återkallelse av trafikstillstånd); Dom 7 juli 1989, Series A No 159 (Tre Traktörer AB som rörde serveringstillstånd av alkoholhaltiga drycker); Dom 25 oktober 1989, Series A No 163 (Allan Jacobsson som rörde byggnadstillstånd).

¹⁴⁰ Jfr. Warnling-Nerep (2008) s. 37.

¹⁴¹ För en utveckling av det mekaniska tänkandet kring juridiken, se Andersson (2008) s. 3-6.

¹⁴² Dom 23 september 1982, Series A No 52.

¹⁴³ Se Warnling-Nerep (2008) s. 46-47.

¹⁴⁴ Sverige hade 1983 flest klagomål i proportion till befolkningen, se Sundberg (2006-07) s. 133.

hand är det genom en rad avgöranden i Högsta domstolen och Regeringsrätten som ”kuggproblematiken” blivit uppenbar, lagstiftaren har inte förutsett (eller haft viljan att förutse) flera av de potentiella konflikterna mellan den svenska rättsordningen och Europakonventionen, varken före eller efter inkorporerandet av konventionen. Lagstiftarens återhållsamma inställning har gjort att de nationella domstolarna tvingats till avgöranden vars konsekvenser knappast kan anses gynna någon.

Stallknecht¹⁴⁵ och Lassagård¹⁴⁶ är två omskrivna fall som kan nämnas i detta sammanhang. Dessa båda fall avgjordes inte av domstolen i Strasbourg utan av svenska domstolar (med stark betoning på pluraländelsen i substantivet domstolar). Det finns ingen anledning att närmare gå in på omständigheterna och bakgrunden till de två fallen inom ramen för detta arbete.¹⁴⁷ Väsentligt i sammanhanget är att dessa fall visar hur Sveriges ansträngningar att möta Europakonventionens krav, bland annat genom införandet av rättsprövningslagen¹⁴⁸, inte varit tillräckliga. Inkompatibiliteten mellan den svenska modellen och det europeiska rättighetstänkandet har genom dessa rättsfall blivit uppenbar. I Stallknecht blev utgången att varken allmän domstol eller förvaltningsdomstol ansåg sig behörig att pröva tvisten i fråga. Det uppstod en så kallad negativ kompetenskonflikt, vilken delvis löstes genom avgörandet i Lassagård, ett avgörande som i sin tur var en direkt anledning till införandet av § 22 a förvaltningslagen (1986:223).¹⁴⁹

De klagande parterna i Stallknecht och Lassagård tvingades ”valsa runt” i det svenska domstolssystemet och vänta åtskilliga år för att ens få klart att en domstol var behörig att pröva deras överklagan, utan att ha berört själva saken. De svenska domarna hade uppenbara svårigheter att hantera situationen. Förvisso kan dessa två avgöranden ses som olycksfall i arbetet i Sveriges väg mot att tillgodose sina konventionsåtaganden, men man kan också se dessa fall som en missbedömning av den egna rättsordningens möjligheter att möta de krav som konventionen uppställer, kort sagt ett utslag av svensk hybris. I alla händelser riskerar dylika fall att urholka förtroendet för

¹⁴⁵ NJA 1994 s. 657 och RÅ 1995 ref. 58.

¹⁴⁶ RÅ 1997 ref. 65, det bör noteras att Lassagård primärt handlade om jordbruksstöd på EG-rättslig grund men att det i grunden var en konventionsrättslig fråga grundad på artikel 6.

¹⁴⁷ För en redogörelse av Stallknecht-fallet hänvisas till Andersson (2001) s. 861–884, beträffande Lassagård-fallet hänvisas till Warnling-Nerep (2008) s. 267–268.

¹⁴⁸ Lagen (1988:205) om rättsprövning av vissa förvaltningsbeslut, se angående detta i det följande.

¹⁴⁹ Det bör anmärkas att lösningen visserligen innebär att en negativ kompetenskonflikt numera inte bör uppkomma. Däremot är lösningen inte tillfredställande när det kommer till positiva kompetenskonflikter, att både allmänna domstolar och förvaltningsdomstolar finner sig behöriga att ta upp målet för prövning, vilket blivit tydligt genom fallen NJA 2001 s. 22 och RÅ 2005 ref. 29 (Fimgro). Denna problematik ligger emellertid utanför ramen för detta arbete.

både rättssystemet och rättsstaten, något som varken gynnar lagstiftaren eller domarna. Ytterligare en aspekt av dessa rättsfall är den osäkerhet som kan sägas ha uppstått i konstitutionellt hänseende. Om domarens roll i någon mån blivit tydligare med avseende på förhållandet gentemot lagstiftaren genom en klarare uppdelning mellan rättskipning och förvaltning, så kan det motsatta sägas vad gäller förhållandet mellan de två instansordningarna i svensk rätt – förvaltningsdomstolarna och de allmänna domstolarna.¹⁵⁰ Detta problem har också sin grund i den oklara uppdelningen mellan rättskipning och förvaltning, särskilt när dessa områden tangerar varandra, vilket har konstaterats i ett nyligen avgjort fall i Högsta domstolen, NJA 2008 s. 560. Fallet rörde ett tvistemål som grundade sig på ett beslut om återkrav av arbetslöshetsförsäkring. Högsta domstolen konstaterade att den enskilde enligt rådande ordning ges två möjligheter att få saken prövad i domstol. Den ena vägen är genom ett överklagande av beslutet om återbetalning få saken prövad i förvaltningsdomstol. Alternativt kan den enskilde underlåta att överklaga, vilket skett i det aktuella fallet, och då få möjlighet att få eventuella invändningar mot återbetalningsskyldigheten prövade av allmän domstol om arbetslöshetskassan ansöker om betalningsföreläggande hos Kronofogdemyndigheten eller väcker talan vid allmän domstol. Högsta domstolen konstaterade vad beträffar frågan om kompetensfördelningen mellan allmän domstol och förvaltningsdomstol att detta inte kan lösas i rättstillämpning utan får övervägas av lagstiftaren.

4.2.3 Rättsprövningsinstitutet

Lagstiftaren uttalade i en proposition i början av 1990-talet att "[i]nstitutet rättsprövning får uppfattas som en tillfällig lösning i avvaktan just på att en översyn av de olika förvaltningsområdena kan genomföras".¹⁵¹ Den tillfälliga lösningen visade sig emellertid bli något mer än tillfällig.

Det var först i o2(l)-2(i)35>srED [(f)3<72>3(a)4(s 853)TJ 10.22 0 Td)-10(e)4(250)TJ 24.3d [(r)3<E4

kunnat överklagas till domstol. Nya rättsområden är i sig inget dramatiskt för en domare, men i detta fall hade domarna att bedöma de civila rättigheter som vilade på Sveriges åtaganden enligt konventionen och inte var härrörande från den inhemska lagstiftaren.

I frånvaro av den förvaltningsrättsliga översyn som skulle ersätta den tillfälliga rättsprövningslagen nödsakades lagstiftaren för att bättre möta konventionens krav att stifta en ny rättsprövningslag, vilken trädde i kraft den 1 juli 2006.¹⁵³ I förarbetena till den nya rättsprövningslagen framhålls att det vore "[...] främmande för vårt lands konstitutionella system att införa en ordning enligt vilken något annat organ kan ändra innehållet i ett förvaltningsbeslut fattat av regeringen".¹⁵⁴ Det är ytterligare ett exempel på hur den svenska rättskulturen svårigen låter sig jämkas med det europeiska rättighetstänkandet, men att åtgärder ändå vidtas för att uppfylla Sveriges åtaganden. Att lösningen med en särskild rättsprövningslag har vissa brister och alltjämt är av provisorisk art framgår av Warnling-Nereps genomgång.¹⁵⁵

4.3 Sammanfattning och redovisning av förändringstendenser

För uppsatsen är den väsentliga frågan om den beskrivna utvecklingen av rättsordningen blott är krusningar på ytan eller om det rör sig om en förändring av den rättsliga ideologin bakom bestämmelserna. Det är främst tre aspekter jag vill lyfta fram som tyder på det senare.

För det första har synen på rättigheter uppenbart förändrats på ett genomgripande sätt. Trots att det alltjämt finns ett visst politiskt motstånd mot att låta domstolar avgöra lämplighetsfrågor så har lagstiftaren med betydligt större allvar tagit hänsyn till rättighetsaspekter vid lagstiftningsarbetet. Det tycks alltså finnas en uppriktig vilja från lagstiftaren sida att redan under utredningsarbetet beakta enskildas intressen av att få ett myndighetsbeslut domstolsprövat.¹⁵⁶ Sociala rättigheter är ett område där den svenska hållningen av tradition varit att inslagen av lämplighetsfrågor varit så stort att dessa inte bör avgöras i domstol. Likväl anges i propositionen till ny socialtjänstlag från år 2000 att "[f]ör att kunna förverkliga en rättighet måste det finnas ett sätt för den enskilde som

¹⁵³ Lagen (2006:304) om rättsprövning av vissa regeringsbeslut.

¹⁵⁴ Prop. 2005/06:56 s. 10.

¹⁵⁵ Warnling-Nerep (2008), se särskilt s. 288–290.

¹⁵⁶ För exempel se: prop. 2000/01:80 s. 96-97 (Ny socialtjänstlagen m. m.) och prop. 2007/08:70 s. 47–49 (Ny vårdform inom den psykiatriska tvångsvården).

är missnöjd med ett myndighetsbeslut att kunna få det prövat på rättslig väg”.¹⁵⁷ Den förändrade attityden kan förvisso förklaras av att Europakonventionen ställer krav på den nationella lagstiftaren. Emellertid förefaller detta inte vara den enda drivkraften. Som visats i detta kapitel finns tecken som tyder på att det genom det konventionsrättsliga inflytandet etablerats ett rättighetstänkande i svensk rätt som skiljer sig från den tidigare i betydande grad hägerströmskt präglade rättighetsuppfattningen.

För det andra har synen på rättskipning respektive förvaltning påverkats i den meningen att förvaltningsbeslut i betydligt större utsträckning kan överklagas till domstol än vad som var möjligt för 20 år sedan. Det innebär i sin tur en tydligare uppdelning mellan rättskipning och förvaltning.¹⁵⁸ Lagstiftaren kan inte i samma utsträckning som tidigare godtyckligt bestämma om en fråga skall överprövas inom den statliga förvaltningen eller av domstol. Rättskipningsuppgifter har också i stor utsträckning flyttats från myndigheter till domstolar, så till vida att det är en domstol som i slutändan har kompetens att, om inte ändra, så åtminstone undanröja ett beslut som inte uppfyller vissa krav. Visserligen har ett nytt problem bestående i den parallella kompetensen mellan domstolar i de olika instansordningarna uppkommit. Självfallet skall detta inte förringas, också detta problem har sin grund i den oklarhet som råder kring kompetensfördelningen mellan allmän domstol och förvaltningsdomstol respektive förvaltningsmyndighet.¹⁵⁹

För det tredje har domaren blivit mer självständig gentemot lagstiftaren. Detta märks främst inom områden som rör rättighetsfrågor enligt Europakonventionen.¹⁶⁰ Ett talande exempel är NJA 1992 s 532, ett avgörande som kom innan den svenska inkorporeringen av konventionen. Avgörandet är intressant såtillvida att frågan om konventionens ställning i det svenska rättssystemet aktualiserades. Framför allt justitierådet Johan Linds särskilda yttrande talar sitt tydliga språk. Han framhåller att konventionen ger företräde inte bara framför oförenliga uttalanden i förarbeten och doktrin, utan också äldre svensk praxis. Enligt hans synsätt får konventionen stå tillbaka endast i händelse av att den svenska lagtexten ”lägger avgörande hinder i vägen för en tillämpning av en av Europadomstolen fastslagen princip”.¹⁶¹ Detta försiktiga av-

¹⁵⁷ Prop 2000/01:80 s. 96 (socialtjänstlagen).

¹⁵⁸ Warnling-Nerep konstaterar att ”[e]n skrapare avgränsning krävs numera mellan *rättskipning* och *förvaltning*”, se Warnling-Nerep (2008) s. 242.

¹⁵⁹ Se ang. kompetensfördelningproblematiken i Warnling-Nerep (2008) s. 258–259.

¹⁶⁰ Jfr. Warnling-Nerep (2008) s. 43 som argumenterar för att svenska domstolar går långt i sin strävan att få till stånd en konventionsenlig tolkning.

¹⁶¹ NJA 1992 s. 532.

lägsnande från förarbetena är enligt min uppfattning lika mycket en ofrånkomlig konsekvens av Sveriges åtaganden enligt konventionen som det är ett tecken i tiden. Den strikta systematiken, förankrad i det nationella rättssystemet, utmanas och ett principiellt tänkande utifrån grundläggande fri- och rättigheter etablerar sig i den svenska rättskulturen. Till detta kan också tilläggas lagstiftarens tendens att inte lägga samma kraft bakom utarbetandet av lagmotiv. I allt större utsträckning tillsätts ensamutredare istället för breda parlamentariska utredningar. Följden av detta blir att de propositioner som lagstiftaren tar ställning till många gånger i grund och botten bygger på en ensamutredares undersökning, visserligen med remissinstansernas respektive regeringens kommentarer och synpunkter. Brister i utredningsarbetets fundament gör emellertid att slutprodukten ofta blir av låg kvalitet. Ensamutredningar lyckas inte alla gånger att på ett allsidigt sätt belysa problematiken inom undersökningsområdet.¹⁶² Detta kan bero på bristande förmåga, knappa resurser eller både delarna. I slutändan innebär sämre förarbeten att dess värde som rättskälla minskar, av den enkla anledningen att de inte ger den vägledning som domaren förväntar sig finna.

¹⁶² Se bland annat Ds 1998:57, särskilt s. 75–78. Utredningen är i skrivande stund 10 år gammal, men det finns inga tecken på att utvecklingen har vänt och kritiken som framförs förefaller alltjämt vara giltig. För exempel på nyare kritik se Statskontorets remissyttrande (Dnr 2005/315-4) gällande utredningen ”Det blågula glashuset” (SOU 2005:56) där allvarlig kritik riktas mot utredningens kvalitet och genomförande. Ytterligare ett exempel är yttrande (Dnr 129/06) från Miljööverdomstolen där kritik riktas mot utredningen ”Åtgärdsprogram för miljökvalitetsnormer” (SOU 2005:113). Utredningen har inte gjort en bedömning av de ekonomiska konsekvenserna med hänvisning till att tid och resurser inte ställts till förfogande för att genomföra en sådan.

5 Nationalstatsangreppet

5.1 *Drömmen om Europa och ett "återupplivande" av gemensamma värden*

Avsikten med de inledande avsnitten i detta kapitel är att ge det europeiska integrationsprojektet en ideologisk bakgrund och ställa detta i motsats till den svenska inställningen som i viss mån redan berörts i kapitel 3. Diskussionen kommer inte att enbart hållas på ett rättskulturellt plan, det kommer också att lyftas in politiska och samhällsliga aspekter. När det i detta kapitel talas om gemenskapen avses samarbetet som sker inom ramen för den så kallade första pelaren i den Europeiska unionen (Europeiska gemenskapen). Det är huvudsakligen samarbete inom ramen för den första pelaren som är av överstatlig karaktär och därigenom får konstitutionella konsekvenser för Sverige.¹⁶³

5.1.1 Visionen om ett enat Europa

När Europa låg i spillror efter andra världskriget och återuppbyggnaden påbörjades i de krigsdrabbade nationerna eftersträvades, utöver det rent nödvändiga, främst två saker: man ville bevara freden genom ett nytt säkerhetssystem och man ville skapa en stor och välfungerande marknad för att kunna skydda sig mot den sovjetiska och amerikanska dominansen och maktutövningen. I det senare kan också anas en vision om att återupprätta den europeiska kulturens tidigare ledande ställning.¹⁶⁴ Genom historien har Europa fått vidkänna flera försök att ena kontinenten, men det som hände åren kring 1950 var något nytt – ett försök att på *fredlig* väg uppnå en förening mellan Europas stater. Sverige var tillsammans med de andra skandinaviska länderna och Storbritannien med i de tidiga diskussionerna som fördes kring ett närmande mellan de europeiska nationerna. Dessa länder värnade starkt om den nationella suveräniteten och hade svårt att se det rimliga i den överstatliga princip som den så kallade Schumanplanen innebar.¹⁶⁵ Schumanplanen utmynnade likväl i en fördragstext som undertecknades i

¹⁶³ Prop. 1993/94:114 s. 12.

¹⁶⁴ af Malmborg (1994) s. 29.

¹⁶⁵ af Malmborg (1994) s. 228–231.

Paris den 18 april 1951 därmed var Kol- och stålunionen mellan Frankrike, Italien, Benelux-länderna och det nybildade Västtyskland född.¹⁶⁶ För Sverige var stålindustrin en viktig basindustri och även om man var avvaktande till vad som hände på kontinenten kunde man inte helt negligera unionen och etablerandet av den så kallade Höga myndigheten i Luxemburg. Sveriges åtgärd blev att upprätta en permanent delegation vid Höga myndigheten, som installerades den 10 december 1952. Vid det första mötet blev det uppenbart hur olika ingångsvärden Sverige respektive företrädarna för unionen hade. Från unionens sida talades om avsikten att ena Europa politiskt, ekonomiskt och andligt. Sveriges representant klargjorde att det var ekonomiska och kommersiella intressen som band samman Sverige med unionen.¹⁶⁷ Det blev således ett möte mellan visionärer och pragmatiker.

Några år senare tog de sex medlemmarna i Kol- och stålunionen ytterligare ett steg närmare en europeisk integration genom Romfördraget som undertecknades den 25 mars 1957, vilket bland annat blev grunden för den Europeiska ekonomiska gemenskapen (EEC). Därmed blev den gemensamma marknaden verklighet och de fyra friheterna – fri rörlighet för personer, varor, tjänster och kapital – inrättades.¹⁶⁸ Grunden för det nära europeiska samarbete, till vilket Sverige skulle ansluta först 1995, var därmed lagd.

5.1.2 Nationalstatsidén utmanas

Den svenska regeringen visade från 1950-talet fram till förra seklets sista decennium föga intresse för vad som skedde på kontinenten, man var istället upptagen med att skapa välfärdsstaten enligt svensk modell.¹⁶⁹ Mikael af Malmborg framhåller att epoken från andra världskrigets slut till 1960-talets början, som var den svenska modellens glansperiod, också var ”det mest isolerat nationella skedet i den svenska 1900-talshistorien”.¹⁷⁰ Det är förmodligen orättvisande att påstå att välfärdsstaten i grunden är en nationalistisk idé. Däremot är det otvivelaktigt så att välfärdsstatens genomförande till stor del vilat på en nationell grundsyn, solidariteten sträcker sig sällan längre bort än nationsgränsen, stora ord om internationalitet till trots. Den statliga omfördelnings-

¹⁶⁶ af Malmborg (1994) s. 237.

¹⁶⁷ af Malmborg (1994) s. 251–252.

¹⁶⁸ af Malmborg (1994) s. 288–292.

¹⁶⁹ af Malmborg (1994) s. 298 med hänvisning till ambassadör Gunnar Hägglöfs memoarer.

¹⁷⁰ af Malmborg (1994) s. 388.

politik, som var en viktig komponent i det svenska samhällsbygget, förutsätter i princip en stark nationalstat för att fungera. Det kan rent av hävdas att välfärdsstaten blivit en del av den nationella identiteten, ett slags välfärdsnationalism. Historiken Åsa Linderborg visar i sin doktorsavhandling att socialdemokraterna hämtade legitimitet för sin politik i vetenskaplig forskning som framhöll den unika svenska samarbetsanda som funnits i samhället under århundraden.¹⁷¹ Den nationella isolationen kom att leva kvar länge på ett, om inte praktiskt, så åtminstone på ett mentalt plan.

Europadebatten kom igång med ett visst allvar i Sverige först när Storbritannien 1961 beslöt att ansöka om medlemskap i EEC.¹⁷² För att få en förståelse för vidden av den nationalistiska prägel som den svenska europadebatten hade kan hänvisas till den inflytelserika skriften "Vi och Västeuropa" med bland andra Gunnar Myrdal som författare.¹⁷³ Författarna beskriver sig själva som "vanliga patrioter som talar till svenska folket".¹⁷⁴ Sverige var enligt författarna en nation av optimal storlek för effektiv hushållning.¹⁷⁵ Demokratin ansågs inte lika självklar, orubblig och effektiv i länderna söder om Skandinavien.¹⁷⁶ I Sverige var graden av socialisering hög genom en politik som gjort att företagen kommit att fungera i vad som ansågs vara samhällets intresse. Därför sågs varje form av utländsk intervention som en risk, något som kunde rubba den ordning som byggts upp i Sverige.¹⁷⁷ Gemenskapen skulle öppna banan för västeuropeiska karteller och enligt författarna leda till "en skadlig övergång av svenska företag i utländsk ägo".¹⁷⁸ Till detta kan tilläggas att det konstateras att EG-domstolen är "[...] packad med trogna anhängare av konservativa laissez faire-ideal".¹⁷⁹ Författarnas inställning till gemenskapen är allt annat än positiv, vilket i och för sig är intressant; men det väsentliga i sammanhanget är dels hur bevarandet av den suveräna nationalstaten i det närmaste framstår som en förutsättning för det goda samhället och dels hur europeisk moral och ideologi ställs i kontrast mot svensk. Det var emellertid inte bara från socialdemokratiskt håll man anspelade på nationalistiska argument. Redan

¹⁷¹ Linderborg (2001) s. 382–389.

¹⁷² af Malmberg (1994) s. 387.

¹⁷³ Den första upplagan trycktes 1962, en andra upplaga kom 1971 med ett nyskrivet förord på 110 sidor för att belysa utvecklingen under perioden 1962–1971. Författarnas ståndpunkt var i grunden oförändrad och den senare delen av boken innehåller förstaupplagan i oförändrat skick, se Ekström, Myrdal, Pålsson (1971) s. 9.

¹⁷⁴ Ekström, Myrdal, Pålsson (1971) s. 19 och 118.

¹⁷⁵ Ekström, Myrdal, Pålsson (1971) s. 130.

¹⁷⁶ Ekström, Myrdal, Pålsson (1971) s. 136–137.

¹⁷⁷ Ekström, Myrdal, Pålsson (1971) s. 162–163.

¹⁷⁸ Ekström, Myrdal, Pålsson (1971) s. 164.

¹⁷⁹ Ekström, Myrdal, Pålsson (1971) s. 153.

1947 klargjorde folkpartisten och oppositionsledaren Bertil Ohlin att han var kritisk till planerna på en europeisk tullunion. Han ansåg att man borde "[...] stryka det numera artificiella begreppet Europa i vårt politiska tänkande. Det saknar relevans ur ekonomisk och kulturell likaväl som ur politisk synpunkt".¹⁸⁰

Med anledning av Storbritanniens ändrade inställning och den inhemska Europa-debatt som följde lyfte statsminister Tage Erlander Europafrågan i det sedermera berömda talet på metallkongressen hösten 1961. Genom detta inlägg fastlades socialdemokraternas – och därmed Sveriges inställning – till EEC för en lång tid framöver. Erlander ansåg att ett medlemskap var oförenligt med nationella intressen och att den svenska folkhemsgemenskapen hotades om Sverige tog steget fullt ut och ansökte om medlemskap. Det var framförallt folkhemsbygget och neutralitetspolitiken som ansågs vara hotad i händelse av ett medlemskap. Istället förordade Erlander associationsförhandlingar med EEC. Sådana inleddes, men resulterade inte i något konkret.¹⁸¹

Nya förhandlingar inleddes i början av 1970-talet och resulterade i ett frihandelsavtal mellan EEC och Sverige, i egenskap av medlem i EFTA, som trädde i kraft den 1 januari 1973.¹⁸² Under perioden 1960-tal till 1990-tal skedde således successiva tillnärmanden gentemot gemenskapen i takt med att samarbetet inom EEC blev allt intimare, emellertid hölls gemenskapen länge på behörigt avstånd och för Sverige stod den nationella suveräniteten och den utrikespolitiska neutraliteten högre än den Europeiska gemenskapen.¹⁸³ Professor Ulf Bernitz menar att det under tidsperioden är berättigat att tala om en svensk juridisk protektionism.¹⁸⁴

Argumenten från 1960-talets europadebatt återkom sedan i 1990-talets debatt när det hölls folkomröstningen om ett svenskt inträde i gemenskapen. Att socialdemokraterna nu ändrat inställning berodde till stor del på att hotet mot folkhemmet och välfärdsstaten inte numera ansågs komma utifrån, istället var det interna strukturella problem som utgjorde hotet.¹⁸⁵ I den proposition som föregick medlemsansökan kan det utläsas att perspektivet fortfarande är nationellt, det framhålls att "[d]et skulle inte främja vårt

¹⁸⁰ af Malmberg (1994) s. 87 med hänvisning till Stockholms-Tidningen 47 10 03 och artikeln "Västeuropeisk tullunion" av Bertil Ohlin.

¹⁸¹ Westberg (2003) s. 143–144.

¹⁸² Prop. 1994/95:19 s. 56.

¹⁸³ Bernitz (2002) s. 60–61.

¹⁸⁴ Bernitz (2002) s. 80.

¹⁸⁵ Westberg (2003) s. 202.

lands nationella intressen att ställa sig utanför detta samarbete [...]”.¹⁸⁶ Det är således i hög grad pragmatiska motiv som gör ett medlemskap attraktivt.

I den samtida debatten angående specifika frågor som rör gemenskapsrättslig lagstiftning som kommer i konflikt med svensk tradition återkommer ofta antydningar att den trygga och fungerande svenska lösningarna hotas av ett främmande europeiskt synsätt. För motståndarna till en europisk integration inom ramen för gemenskapen har det svenska samhällsbygget blivit en nationell symbol att värna om och stå upp för. Begreppet välfärd har i Sverige kommit att intimt förknippas med begreppet stat, som i sin tur är ett begrepp som blivit synonymt med nation.¹⁸⁷ Argumenten mot en ökad europeisk integrering är att en sådan riskerar att föra in en främmande mentalitet med potential att erodera en av de viktigaste svenska nationalsymbolerna – folkhemmet. Folkstyret framställs i Sverige som något som är djupt rotat i den svenska folksjälens, en tradition som har djupgående rötter.¹⁸⁸ Den svenska demokratimodellen uppfattas av många svenskar som unik och högre stående än många andra europeiska staters. Synen på Sveriges som ett modernt progressivt land och ett socialt utvecklat land har blivit en del av den svenska självbilden.¹⁸⁹ Särskilt bland populistiska rörelser som Nej till EU, Junilistan och Medborgare för folkomröstning är de nationalistiska argumenten och anspelningarna många.¹⁹⁰ Men också bland de etablerade partierna där man i princip är positiva till gemenskapen är det inte ovanligt att man värnar det nationella, ofta i form av den svenska välfärdsstatens ideal och Sveriges demokratiska tradition, ett exempel är när tidigare statsministern Göran Persson varnade för ”social turism” i samband med att gemenskapen utvidgades till att omfatta en rad före detta öststater.¹⁹¹

¹⁸⁶ Prop. 1994/95:19 s. 29.

¹⁸⁷ Suszyvki (2007) s. 87.

¹⁸⁸ Suszyvki (2007) s. 88–89.

¹⁸⁹ Jfr. Suszyvki (2007) s. 88.

¹⁹⁰ Suszyvki (2007) s. 91.

¹⁹¹ Suszyvki (2007) s. 96.



Exempel på hur nationella symboler används i EU-debatten. Bilden är hämtad från hemsida tillhörande Folkrörelsen "Nej till EU". I den knappt sjövärdiga EMU-skutans akter sitter en surmulen tysk. Fransmannen öser ut paragrafer för att hålla skeppet flytande.

5.2 Rättskipningen och överstatliga normer

Detta avsnitt skall främst analysera hur rättskipningen på nationell nivå påverkas av de överstatliga normer och principer som introducerats i och med att gemenskapsrätten blivit en del av den nationella rätten.

5.2.1 De fyra friheterna och EG-rättens företrädare

Romfördraget och det kontinentala samarbetet visade sig tidigt vara något annat än ett ordinärt internationellt samarbete. En viktig orsak till detta var att det finns en domstol som har mandat att tolka de överstatliga normer som gemenskapen vilar på och utifrån dem formulera rättsliga principer.¹⁹² Det således genom domstolens avgörande i de två avgörandena under 1960-talets första hälft, van Gend en Loos och Costa mot ENEL som det fastslogs att gemenskapen utgjorde en särskild rättsordning, en rättsordning sui generis.¹⁹³ En viktig orsak till att utvecklingen kom att ta den riktningen var det starka mandat som EG-domstolen fått genom Rom-fördraget.¹⁹⁴ När Sverige efter en folkomröstning ansökte om medlemskap var detta självfallet ingenting som man var

¹⁹² Detta konstateras också i prop. 1994/94:114 s. 14.

¹⁹³ Van Gend En Loos (Mål 26/62) och Costa mot E.N.E.L (Mål 6/64).

¹⁹⁴ Se härom i Hettne (2008) s. 41.

omedveten om, åtminstone i det politiska läget. Frågan var emellertid vilken karaktär fördraget som låg till grund för samarbetet hade. I den proposition som låg till grund för de grundlagsändringar som genomfördes med anledning av medlemskapet i unionen framhölls att det svenska synsättet var att "samarbetets grund är strikt folkrättslig".¹⁹⁵ Vidare konstaterades att ytterligare kompetensfördelning alltid ligger i Sveriges hand.¹⁹⁶ Grundlagsändringarna blev således, med Bernitz ord, minimalistisk och den väsentliga bestämmelsen om överlåtande av *beslutanderätt till gemenskapen* blev RF 10:5 första stycket.¹⁹⁷ Genom en grundlagsändring år 2002 (SFS 2002:903) ändrades bestämmelsen med hänvisning till att "att utvecklingen inom EU gått mot en mindre strikt uppdelning mellan pelarna" och enligt nu gällande lydelse reglerar RF 10:5 första stycket hur riksdagen kan överlåta beslutanderätt *inom ramen för samarbete i Europeiska unionen*.¹⁹⁸ Några remissinstanser anförde att förändringarna skulle innebära en marginalisering av riksdagen och en uttunning av folkstyret. Någon sådan risk ansåg inte regeringen föreligga, i slutändan ankommer det på varje medlemsstat att besluta om ytterligare kompetens skall tilldelas gemenskapen eftersom vare sig EG eller EU har så kallad kompetens-kompetens; de kan inte själva tilldela sig beslutskompetens.¹⁹⁹ Det bör anmärks att även om detta är ett riktigt påstående så är det EG-domstolen som avgör om en rättsakt ligger inom ramen för gemenskapens kompetens, vilket följer av artikel 230 EGF. I och med 2002 års grundlagsändring kan det hävdas att trots att det fortfarande värnas om "grundläggande principer i vårt konstitutionella system" är tonen i den senare propositionen en aning mer försiktigt.²⁰⁰ Det talas inte längre om att Sverige skall "bevara sin frihet", utan snarare att "världs- och samhällsutvecklingen i stort är sådan att ett samarbete som det inom unionen måste utvecklas och förändras för att nya och förändrade krav skall kunna uppfyllas".²⁰¹

¹⁹⁵ Prop. 1993/94:114 s. 17.

¹⁹⁶ Prop. 1993/94:114 s. 17.

¹⁹⁷ Se Bernitz (2002) s. 110–111 som uppmärksammar att det enligt Sveriges gällande konstitution inte framgår att Sverige är medlem i Europeiska unionen, blott att vi kan vara det. Emellertid kan sägas att det i Finska grundlagen (11.6.1999/731) inte heller explicit framgår att nationen är medlem i unionen, även om frågor som rör det Europeiska samarbetet har integrerats på ett flertal ställen i konstitutionen. Se 3 kap. 28 §, 4 kap. 50 §, 8 kap. 93 §, 96 §, 97 §.

¹⁹⁸ Prop. 2001/02:72 s. 32.

¹⁹⁹ Prop. 2001/02:72 s. 35.

²⁰⁰ Prop. 2001/02:72 s. 34.

²⁰¹ Jfr. prop. 1993/94:114 s. 20 med prop. 2001/02:72 s. 33.

5.2.2 Rättskipningens funktion i ett gränslöst Europa

Gemenskapen saknar visserligen en skriven konstitution, men detta har uppvägs av att EG-domstolen utformat konstitutionella lösningar genom sin rättsskapande verksamhet. När vägledning inte kunnat hämtas från fördragen har EG-domstolen hämtat inspiration hos medlemsstaternas gemensamma konstitutionella tradition och internationella avtal, främst Europakonventionen.²⁰² Harmoniseringen inom gemenskapen har sträckt sig långt bortom de fyra friheternas rörlighet på den inre marknaden, processen har inneburit att en rad centrala områden inom civilrätten påverkats och utvecklingen går mot en gemensam europeisk rätt.²⁰³ I den allt mer integrerade europeiska rättsordningen har de nationella domstolarna en ytterst viktig funktion att fylla, eftersom genomförandet av de rättigheter och skyldigheter som följer av EG-fördraget och den omfattande gemenskapsrättsliga sekundärlagstiftningen till stor del ankommer på dem. En särskilt viktig funktion fyller de nationella domstolarna i de fall då den nationella lagstiftaren inte implementerat ett direktiv som innehåller bestämmelser med så kallad direkt effekt.²⁰⁴ De stränga locus standi-reglerna inom gemenskapsrätten gör att enskilda i princip alltid är hänvisade till den nationella domstolen för att göra en gemenskapsrättslig bestämmelse gällande.²⁰⁵ Om en fråga om tolkning av fördraget uppkommer på ett område där EG-domstolen har jurisdiktion är huvudregeln enligt art. 234 EGF en skyldighet att begära ett förhandsavgörande om det är en domstol mot vars avgörande det inte finns något rättsmedel. Bestämmelsen i art 234 gäller både Regeringsrätten och Högsta domstolen, liksom Arbetsdomstolen och Marknadsdomstolen. Det är således inte förvånande att förhandsavgöranden begärts i fall där svenska särlösningar på exempelvis det alkoholpolitiska eller arbetsrättsliga området inte harmonierat med gemenskapsrätten.

Ett relativt nytt avgörande från EG-domstolen förtjänar att lyftas fram i sammanhanget, det så kallade Laval-målet.²⁰⁶ Det som gör detta avgörande intressant är att det tydligt visar hur *svensk* den svenska arbetsrättsliga modellen är, i den meningen att det inte enbart är sociala, utan i stor del nationella intressen som skall skyddas. Svensk arbetsrättslig reglering har befunnits stå i strid med gemenskapsrätten eftersom syftet med de fackliga stridsåtgärderna är att få utländska företag att genomföra löne-

²⁰² Hettne (2008) s. 256.

²⁰³ Bernitz (2002) s. 192.

²⁰⁴ Se bland annat SOU 2008:43 s. 39–40.

²⁰⁵ Se artikel 230.4 i EG-fördraget och EG-domstolens tolkning av i Plaumann (Mål C-25/62).

²⁰⁶ Laval (Mål C-341/05), i Sverige också känt som Waxholmsmålet.

förhandlingar på *nationell* nivå. EG-domstolen underkände varken fackliga stridsåtgärder som sådana eller den svenska modellen med kollektivavtal istället för minimilöner. Problemet var att det enligt den svenska modellen inte finns någon författningsregel om minimilön, istället finns en särskild rätt för arbetstagarorganisationer att vidta stridsåtgärder mot utländska företag i enlighet med den i MBL kodifierade Britanniadomen.²⁰⁷ Enligt EG-domstolen gjorde avsaknaden av en bestämmelse om minimilön i kombination med de svenska bestämmelserna enligt lex Britannia det omöjligt eller orimligt svårt att få kännedom om de skyldigheter i fråga om minimilön som åligger företaget.²⁰⁸ Det framhålls särskilt att det av Sverige hävdade allmänintresset inte ansågs motivera den svenska regleringen som innebär en särreglering för utländska företag i syfte att motverka social dumpning.²⁰⁹ I sammanhanget är det intressant att notera att reaktionerna hos många i Sverige var att EG-domstolens avgörande i Laval-målet hotar den svenska modellen.²¹⁰

²⁰⁷ AD 1989 nr 120 (Britanniadomen) som ledde till kodifiering i MBL 25 a §, 31 a § och 42 § tredje stycket (lex Britannia).

²⁰⁸ C-341/05 punkterna 109–110.

²⁰⁹ C-341/05 punkt 110.

²¹⁰ EG-domstolens avgörande i Laval-målet har främst uppmärksamats och kritiserats i den offentliga debatten och starkt präglats av politiska intressen. Det är uppenbart att avgörandet har stort symbolvärde. Bland jurister har mottagandet varit mer försiktigt. Professor Birgitta Nyström har diskuterat avgörandet i en kort artikel publicerad i Juridisk Tidskrift, se Nyström (2007/08). Se också Wiklund (2007) s. 911 som framhåller de starka reaktioner som Laval-målet väckt eftersom det anses att jurister avgjort en politisk fråga.

5.2.3 En maktförskjutning från politikerna till juristerna?

Det talas ofta om en pågående maktförskjutning från politikerna till juristerna.²¹¹ Vad gäller gemenskapsrättens område vill jag hävda att denna maktförskjutning i viss mån är skenbar, eller i vart fall inte är en omedelbar förskjutning, möjligen medelbar. Det kan visserligen på goda grunder hävdas att de nationella politikernas makt minskar på de områden där gemenskapsrätten får genomslag. Det krävs att hänsyn tas till gemenskapsrätten vid lagstiftning och den inverkar också på politiska överväganden på en rad centrala områden. Blicken måste så att säga lyftas från det nationella. Juristernas – i sammanhanget avses främst domarna i landets domstolar – makt kan sägas öka i den meningen att de genom gemenskapsrätten på ett konstitutionellt plan fått en annan roll. Den makten kommer av att EG-domstolen i målet *van Gend en Loos* fastslagit det åligger de nationella domstolarna att skydda de individuella rättigheter som EG-rätten ger.²¹² Principen om EG-rättens företräde gäller även framför nationell grundlag.²¹³ Den nationella domstolen skall underlåta att tillämpa en nationell lag om den befinns stå i strid med EG-rätten och inte heller kan rättfärdigas genom de undantag som accepteras enligt EG-domstolens tolkning av fördraget.²¹⁴ I princip innebär det att den nationella domaren får ett slags lagprövningsfunktion.²¹⁵ Vad detta innebär för domarens roll skall behandlas närmare i nästa avsnitt.

5.3 Gemenskapsrätten och domaren

5.3.1 Domaren, lagstiftaren och EG-domstolen

Regeringsrådet och tidigare domaren vid EG-domstolen Hans Ragnemalm menar att det hos ledamöterna i Regeringsrätten så sent som hösten år 2000 kunde anas en spänning

²¹¹ Se exempelvis Wiklund (2007) s. 911.

²¹² *van Gend en Loos* (Mål 26/62).

²¹³ *Internationale Handelsgesellschaft* (Mål 11/70). Emellertid bör det framhållas att frågan är kontroversiell och särskilt i Tyskland har medlemstaternas förhållande till gemenskapen i konstitutionellt hänseende. Den tyska författningsdomstolens utslag i det avgörande som kallats ”*Solange II*” har fått stå modell för en rad medlemsstaters inställning i frågan, bland annat Sveriges. Avgöranden innebär att gemenskapsrätten står över nationell (tysk) lag ”så länge” samma fundamentala rättigheter som den tyska konstitutionen garanteras. Se vidare i Bernitz (2002) s. 114–115.

²¹⁴ Se bland annat *Franzen* (Mål C-189/95) där EG-domstolen fann att det svenska detaljhandelsmonopolet för alkoholhaltiga drycker i syfte att skydda folkhälsan kunde rättfärdigas.

²¹⁵ Se Ragnemalms slutsats kring den rättsfallsöversikt täckande perioden 2000–2004 i Ragnemalm (2006) s. 233.

mellan "integrationsförespråkare" och "nationalister", liksom i den politiska debatten. Vidare menar han att det sedan år 2000 skett en förändring och att det numera finns en "eftertänksam lojalitet" gentemot gemenskapsrätten.²¹⁶ Ragnemalms rättsfalls-genomgång visar att Regeringsrätten i ett betydande antal avgöranden har åsidosatt rent nationell rätt med stöd av EG-rätt och dömt till den enskildes förmån.²¹⁷ Det är också på det sättet det är tänkt att det gemenskapsrättsliga systemet skall fungera. Det är den nationella domstolen som skall tillämpa EG-rätten i det enskilda fallet. Därmed blir det svenska domare som ställs inför uppgiften att göra bedömningen om den nationella lagstiftningen är i strid med gemenskapsrätten och om så är fallet tillämpa principen om EG-rättens företräde. Domaren tilldelas därmed en roll som inte har någon motsvarighet i svensk rättskultur. Den nationella lagstiftarens val av lösningsmetod blir blott en av i raden legitima intressen som skall ställas mot andra intressen, både på en högre (överstatlig) och läa(11.8 0 Td (-)Tj 0.33 t)-2(t4(t)-2(t)-P-)Tj 0.33 tt4(t)-2(t)-P-

5.3.2 Svensk juridisk metod och rättskälrelära visavi EG-rättslig metod

Bernitz menar att gemenskapsrättens ställer alla jurister, däribland domare, inför helt nya situationer eftersom förarbeten i regel saknas. Det är ofta bestämmelsens bakomliggande syfte och dess ändamål som måste beaktas, vilket normalt framgår av rättsaktens preambel.²²⁰ Av naturliga skäl är en preambel inte alls lika omfattande och uttömmande som en svensk proposition. Till sin hjälp har rättstillämparen också allmänna gemenskapsrättsliga principer formulerade av EG-domstolen.²²¹ EG-rättens säregna utveckling, som till stor del skett på EG-domstolens initiativ har gjort att EG-rätten bygger på rättsprinciper i större utsträckning än den svenska rätten, där dessa har en tämligen liten betydelse.²²² I en artikel i Svensk Juristtidning frågar sig förre justitierådet Bertil Bengtsson retoriskt om vi alltså skall "[...] låta resonemangen angående EG-rätten påverka hela vår rättskälrelära, också på områden som EG hittills inte på något sätt intresserat sig för".²²³

Såsom anförts spelar nationella domstolar en viktig roll i genomförandet av gemenskapsrätten. Det är därför ofrånkomligt att svenska domare måste både acceptera och lära sig att behärska denna främmande rättstillämpningsmetod. När den EG-rättsliga metoden väl etablerat sig i svensk rätt finns det all anledning att förmoda att detta också kommer att leda till en korsbefruktningsmetod med den svenska juridiska metoden. Även om rättstillämpare försöker hålla isär de olika metoderna och tillämpa dem på respektive rättsområde, kommer det ändå på sikt att ligga betydligt närmare till hands att bygga sin argumentation på allmänna rättsprinciper också vid tillämpning av nationell rätt. Detta av den enkla anledningen att det inte känns främmande. En sådan utveckling kan givetvis få konstitutionella konsekvenser med avseende på förhållandet mellan domaren och den nationella lagstiftaren genom att en utökad tillämpning av rättsprinciper sannolikt gynnar den enskilda som tvistar mot staten.²²⁴ En sådan utveckling kan på sikt leda till att domarens roll i allt högre grad blir att fungera som konfliktlösare mellan staten och den enskilde.

²²⁰ Bernitz (2002) s. 35.

²²¹ Hettne (2008) s. 46.

²²² Hettne (2008) s. 68.

²²³ Se Bengtsson (2000) s. 256. Hans eget svar blir att "utvecklingen på det internationella lagstiftningsområdet självfallet är en nyttig tankeställare för oss, men det finns ingen anledning att helt förkasta den gamla ordningen bara därför att vi får överge den på vissa punkter", se Bengtsson (2000) s. 259.

²²⁴ Se i det följande avsnitt 5.3.3.

5.3.3 EG-rättens allmänna rättsprinciper och den svenska rättskulturen

Den kanske viktigaste rättskulturellt överblickbara följden av det europeiska tillnärmandet förefaller vara en ökad användning av allmänna rättsprinciper. Det rättsprincipiella tänkandet hänger också samman med ett rättighetstänkande, där den enskildes rättsäkerhet får en större betydelse och kan innebära att en positivrättslig bestämmelse tolkas annorlunda eller rent av inte tillämpas.²²⁵ För domaren innebär det en förändrad roll, särskilt på det offentligrättsliga området. Det är viktigt att framhålla att det är i detta hänseende det verkligen är möjligt att tala om en förändring. Om inte den EG-rättsliga metoden skiljde sig på nämnvärt sätt från den svenska metoden skulle det efter en viss invänjningstid bli naturligt för svenska domare att ta till sig den nya regel- och praxismassan som gemenskapsrätten innebär.

Allmänna rättsprinciper har traditionellt haft en undanskymd roll i svensk rättskultur, åtminstone sådana principer som kan ha någon konstitutionell betydelse på rättskipningsnivå, såsom den EG-rättsliga proportionalitetsprincipen.²²⁶ Två avgöranden kan belysa vad en sådan utveckling kan komma att innebära för den svenska rättskulturen genom att proportionalitetsprincipen ger uttryck för en intresseavvägning mellan allmänna och enskilda intressen som inte tidigare anförtratts domare. Det ena är det så kallade Barsebäckmålet²²⁷ där domstolen formulerade en allmängiltig proportionalitetsprincip²²⁸ och prövade om indragningen av drifttillståndet för Barsebäck var att anse som nödvändigt för att uppnå lagens syfte. Det bör noteras att sökanden hävdade att RF 2:18 och proportionalitetsprincipen var tillämplig, medan Regeringen hävdade att Regeringsrätten istället skulle göra en normprövning enligt RF 11:14. Det andra avgörandet är det så kallade Gourmetmålet²²⁹ som rörde det svenska förbudet mot att marknadsföra alkoholhaltiga drycker i bland annat tidsskrifter. Tingsrätten hade i målet inhämtat ett förhandsavgörande där EG-domstolen meddelat att EG-rätten inte uppställer något hinder mot ett förbud mot kommersiella annonser för

²²⁵ Jfr. Hettne (2008) s. 313 och 316.

²²⁶ Det bör emellertid framhållas att proportionalitetsprincipen återfinns på vissa särskilda områden i svensk rätt, bland annat när det gäller polisingripanden, se 8 § Polislagen (1984:387). Det kan vidare diskuteras om allmänna rättsgrundsatser motsvarar allmänna rättsprinciper. Se vidare i Bernitz (2002) s. 41.

²²⁷ RÅ 1999 ref. 76.

²²⁸ Se under avsnitt "5.5.1 Gällande ordning" i RÅ 1999 ref. 76.

²²⁹ MD 2003:5.

alkoholdrycker, men att förbudet måste vara proportionellt i förhållande till sitt syfte. Tingsrätten fann att så inte var fallet och underkände det uppställda förbudet i 2 § lagen (1978:763) med vissa bestämmelser om marknadsföring av alkoholdrycker. Marknadsdomstolen konstaterade att "[...] EG-domstolen överlämnar proportionalitetsprövningen till den nationella domstolen". Vidare anförde man att "[...] det inte finns någonting som talar för att den nationella domstolen skall ha anledning att frånga de principer som EG-domstolen själv använder när den gör proportionalitetsbedömningar". Marknadsdomstolen fann efter en utförlig prövning enligt proportionalitetsprincipen, liksom tingsrätten, att det svenska förbudet var allt för långtgående och därmed inte proportionellt i EG-rättslig mening.

5.4 Sammanfattning och redovisning av förändringstendenser

Som diskuterats i kapitel 3 såg Hägerström som sin uppgift att utmönstra de metafysiska föreställningarna som präglade juridiken. De maktavande politikerna anslöt sig till den ideologin. Metafysiska föreställningar må ha fått stå tillbaka inom juridiken, men på ett annat område fann politikerna att metafysiska föreställningar inte bara fyllde en viktig funktion, de var också värda att underblåsa. Det gällde föreställningen om en nation och ett folk, en av grundpelarna i Välfärdssverige. I detta kom rättskipningen att fylla en viktig funktion som försvarare av den svenska modellen. Den nationella välfärdsideologin och neutralitetspolitiken förstärkte varandra när arbetarrörelsen efter andra världskriget övergick från ett internationellt till ett, i första hand, nationellt perspektiv.²³⁰ Detta påverkade förhållningen till händelserna på kontinenten i riktning mot passivitet blandat med ointresse, ty de svenska internationella ambitionerna begränsade sig till, såsom af Malmberg uttrycker det: "Norden, Världen och däremellan intet".²³¹ Den svenska politiska och juridiska traditionen har under 1900-talet således närts av nationalstatsidén. Det europeiska tillnärmandet innebär rimligen att nationalstatsidén såsom den formulerats i Sverige till viss del förlorar sin auktoritet. Som visats kan det anas en tendens att en rad nationella föreställningar i den svenska rättskulturen luckras upp genom inträdet i gemenskapen. Detta har givetvis potential att påverka den svenska rättskulturen som per definition är starkt kopplad till nationella föreställningar. Det är inte orimligt att anta att den svenska rättskulturen är på väg att få en europeisk

²³⁰ af Malmberg (1994) s. 388.

²³¹ af Malmberg (1994) s. 32.

dimension, en föreställning om att Sverige är en del av en europeisk kulturell samhörighet.

Det kan också konstateras att gemenskapsrätten innebär att domaren till viss del får en annan konstitutionell roll, en följd av hur det EG-rättsliga systemet är uppbyggt. Enligt gemenskapsrätten är det de nationella domstolarnas uppgift att skydda de individuella rättigheter som EG-rätten ger. En annan aspekt är att de svenska domarna för att tillämpa gemenskapsrätten på ett korrekt sätt måste lära sig att behärska den EG-rättsliga metoden, vilket på sikt också kan innebära att ett i grunden EG-rättsligt principtänkande etablerar sig i svensk rättskultur. Enligt svensk rättskultur har proportionalitetsbedömningar traditionellt sett ansetts vara något som ankommer på lagstiftaren, vilket framgår av RF 2:12 st. 2. Av grundlagsbestämmelsen kan det dock inte uttryckligen läsas att den enskildes intresse skall beaktas vid en eventuell inskränkning fri- och rättighetsinskränkning. Även om detta i praktiken ofta görs, så antyder det ändå något om den svenska utgångspunkten i förhållandet staten och den enskilde. Som visats i detta kapitel har emellertid en allmän proportionalitetsprincip etablerats i svensk rätt. En avslutande anmärkning angående proportionalitetsprincipen och nationella intressen kan anföras. Arbetsdomstolen fastslog för 10 år sedan i avgörandet Kellerman²³² angående tillämpning av en proportionalitetsprincip inom det arbetsrättsliga området att detta saknar rättsligt stöd: "Någon allmän rättsgrundsats med den av bolaget angivna innebörden gäller inte i vårt land på området för fackliga konflikter." Efter EG-domstolens förhandsavgörande i Laval där en proportionalitetsbedömning ingår som ett led i bedömningen tillsammans med det svenska erkännandet av en allmän proportionalitetsprincip finns det anledning att anta att när Laval-målet avgörs i svensk domstol så kommer proportionalitetsbedömningen att utgöra en del av avgörandet.²³³

²³² AD 1998 nr 17.

²³³ Se C-341/05 punkt 94 där EG-domstolen berör proportionalitetsprincipen.

6 Rättviseangreppet

6.1 Staten, parten och konflikten

Diskussionen kring alternativ tvistlösning kan uppfattas som en främmande fågel jämfört med de två andra undersökta "angreppen", vilka sinsemellan har många beröringspunkter. I två för uppsatsen centrala hänseenden delar "rättviseangreppet" emellertid egenskaper med de två övriga angreppen. Etablerandet av alternativa tvistlösningsmetoder (ADR)²³⁴ ställer frågan om vad som är rättskipning respektive vilken funktion rättskipningen skall ha på sin spets. "Rättviseangreppet" aktualiserar också frågan om de processuella reglernas förhållande till de konstitutionella, således ett område av betydelse för domarens roll.²³⁵

6.1.1 Dekonstruktion av rättvisan

ADR-förespråkarnas argumentation sker ofta i en postmodern anda. En vanlig utgångspunkt är att en konflikt ofta är både mångfacetterad och unik. Vidare hävdas att parterna själva har bäst kunskap om konflikten och att det är meningslöst att tala om en rättvis lösning på en konflikt med betoning på rätt i det sammansatta ordet rättvis – betoningen skall istället ligga på vis. En vis lösning anses vara den som på bästa sätt överensstämmer med de tvistande parternas särskilda förväntningar och behov. De finns de som menar att staten därför måste inta en tillbakadragen roll i konfliktlösningen, det är parterna själva som "äger konflikten". Med det synsättet blir alla stora idéer om Ett samhällsbygge och Rättvisan blott av intresse i idéhistoriskt hänseende. Med det är inte sagt att ADR är en postmodern rörelse, dock är det helt klar att argumenten för användandet av ADR delas med den som företräder olika inriktningar av den postmoderna ideologin.²³⁶

²³⁴ ADR är den engelska förkortningen av Alternative Dispute Resolution. Det svenska begreppet alternativ tvistlösning fungerar givetvis utmärkt, men förkortningen ADR är väl inarbetat i Sverige och kommer därför i detta arbete att användas synonymt med begreppet alternativ tvistlösning. Se angående begreppsbildningen i Lindell (2006) s. 14.

²³⁵ I svensk doktrin är, som Lindell påpekar, förhållandet mellan processuella och konstitutionella regler föga uppmärksammat. Se Lindell (1988) s. 104.

²³⁶ Angående förhållandet mellan ADR och postmodernismen så bör Per Henrik Lindbloms åsikt uppmärksammas. Han menar att ADR, genom att vara den tredje vågen i "Access to Justice"-rörelsen, är en del av en stor berättelse och därför inte bör betecknas som postmodern, se Lindblom (2006) s. 102–103. Svårigheten att avgöra om ADR är ett postmodernt fenomen eller inte säger kanske mer om

Postmodernismen delar i viss mån den kritik mot objektiv rättvisa som Hägerström framförde i förra seklets början.²³⁷ En viktig skillnad är emellertid att för hägerströmianerna var den stora berättelsen inte någon omöjlighet, deras ideologi tjänade snarare som banbrytare för en stor berättelse – den svenska modellen²³⁸ – genom att tillintetgöra en rad hinder i form av kvardröjande föreställningar om rättens natur.²³⁹ Postmodernismen präglas av en värderativism och utgår snarare från att det finns en mängd sanningar som kan existera sida vid sida eftersom människor ser saker på olika sätt, beroende på den egna kulturella bakgrunden och den historiska kontexten.²⁴⁰ Sanningen är alltså, enligt postmodernisten, en individs föreställning om vad som är sant. Konsekvensen av detta är således att när olika sanningar och behov existerar sida vid sida kan det också vara möjligt att lägga ett pussel med dessa olika bitar och få dem att passa ihop någorlunda bra. Hur pusslet kommer att se ut i slutändan är inte på förhand bestämt. Målet är inte att lägga bitarna så att de bildar ett givet mönster, målet är att få dem att passa ihop på bästa sätt och tillgodose allas önskningar i den grad det är möjligt.

6.1.2 ADR och rättskipningens funktion

Är då det ökade intresset för ADR ett tecken på en bakomliggande ideologisk förändring? Det finns skäl som talar för att det är på det sättet. Om synen på vad som är rättskipning förändras kan det i sin tur påverka synen på rättskipningens samhälleliga

postmodernismen än om ADR. Problemet belyser på ett klagörande sätt den postmoderna paradoxen – genom att angripa alla dogmatiska läror med den subjektiva sanningsläran blir postmodernisten själv dogmatisk, vilket inte kan ha varit avsikten. Ändå måste postmodernisten i detta läge finna sig inmålad i ett hörn, ty om dogmen skall upprätthållas måste postmodernismen per definition erkänna att den egna sanningen är lika relativ som någon annan. För klagörandets skull vill jag framhålla att ”de stora berättelserna” på intet sätt bör vara oantastbara. Vetenskapens främsta uppgift måste vara att ifrågasätta etablerade sanningar, men det låter sig göras på annan grund än den postmoderna utgångspunkten att sanningens giltighet beror på tolkningsperspektiv. Se också Lindell (2006) s. 73 som menar att postmodernismens intåg inom vetenskapen spelat ADR rätt i händerna även om ADR inte har någon särskild kunskapsteoretisk hemvist.

²³⁷ Jfr. Lindell (2006) s. 72.

²³⁸ Den svenska modellen kan med postmodernistiska angreppssättet sägas vara en ”stor berättelse”. Den svenska modellen kan beskrivas som den tredje vägens politik, ett alternativ till kapitalism och kommunism, vars kännetecken var blandekonomi, stort statligt inflytande, stark offentlig sektor och förhandlingslösningar.

²³⁹ En annan viktig skillnad är att det vetenskapliga rebarhetskrav som hölls så högt av Hägerström har en betydligt mer tillbakadragen roll i den postmoderna vetenskapen, åtminstone i några av de spretande vetenskapsgrenar som brukar härledas till den postmoderna stammen.

²⁴⁰ Lindell (2006) s. 73.

funktion. Frågan blir därför intressant i både ett konstitutionellt och rättskulturellt hänseende.

Beträffande rättskipningens funktion kan det argumenteras för att föreställningen om rätten som varandes i första hand ett instrument för handlingsdirigering i någon mån är uppgiven, att utvecklingen gått från idealet att processen skall bidra till den materiella rättens genomslag till att processen skall vara främst snabb och effektiv.²⁴¹ Fortfarande betonas att handlingsdirigering är en viktig del av rättskipningens funktion både av lagstiftaren och i doktrin.²⁴² Handlingsdirigeringens betydelse skall inte förnekas, men det bör uppmärksammas att det från lagstiftaren framhålls att en av tingsrättens viktigaste uppgifter är att söka få till stånd samförståndslösningar.²⁴³ Dessa samförståndslösningar bygger i hög grad på icke juridiska hänsyn, i vissa fall en lösning som strider mot det materiella rättsläget om det rör sig om ett dispositivt tvistemål.²⁴⁴ En ökad användning av alternativ till den ordinära domstolsprocessen, särskilt om det rör sig om verksamheter som lägger stor vikt vid icke-rättsliga faktorer, innebär således att rättens handlingsdirigerande funktion minskar i betydelse.

I sammanhanget är det också intressant att lyfta fram det faktum att många komplicerade fall som släpps upp till prövning i överrätt ofta är så mångfacetterade att det sällan resulterar i något klart prejudikat. Där kan den part som har ett tidigare prejudikat som talar mot den egna saken genom processföring modifiera sin talan och betona andra aspekter av tvisten som gör att det tidigare prejudikatet inte blir tillämplbart på det aktuella fallet.²⁴⁵ Om detta antagande är riktigt betyder det i sin tur att prejudikatsbildningens handlingsdirigerande kvaliteter är överdrivna, åtminstone i mer komplicerade sammanhang. Det är bara i enklare tvister med få fakta som prejudikatsbildningen fyller någon verklig funktion.²⁴⁶ Antagandet är emellertid inte oemotsagt.²⁴⁷ Det kan nog fastslås att prejudikatsbildning genom rättskipning ändå har en handlingsdirigerande funktion i enklare tvister. Det är därför kanske förvånande att lagstiftaren på exempelvis konsumentpolitikens område ansett det vara angeläget att konsumenterna så

²⁴¹ Lindell (2006) s. 63, se särskilt not 37.

²⁴² Se bl.a. SOU 2007:26 s. 110-111 och Lindblom (2006) s. 111 som i not 36 framhåller att en rad namnkunniga rättsfilosofer såsom Dworkin, Hart, Fuller, Llewellyn och Raz också betonar rättskipningens handlingsdirigerande funktion.

²⁴³ Se bl.a. prop. 2004/05:131 s. 211.

²⁴⁴ SOU 2007:26 s. 76-77.

²⁴⁵ Lindell (2006) s. 60-63.

²⁴⁶ Lindell (2006) s. 82.

²⁴⁷ Se Lindblom (2006) s. 112 som menar att "prejudikatsbildningen är viktigt för att förbättra handlingsdirigeringen och minska behovet av framtida konfliktlösning".

långt det är möjligt har tillgång till alternativ tvistlösning utanför domstol.²⁴⁸ Visserligen rör den typiska konsumenttvisten ofta mindre summor och den ordinarie domstolsprocessen kan därför te sig avskräckande för konsumenten. Likväl är konsumentpolitiken ett område där rättskipningen, om den besitter en handlingsdirigerande funktion, skulle kunna bidra till att konsumentpolitiska beslut får ett faktiskt genomslag. Domstolarnas avgöranden skulle till följd av att omständigheterna sällan är särskilt komplicerade bli lättillämpade och den materiella rätten få ett maximalt genomslag. Ändå har lagstiftaren på detta område valt att hellre erbjuda ett förfarande som anses enkelt och tillgängligt i jämförelse med ordinarie rättskipningen i domstol. Det kan anas att tilltron till rättskipningens handlingsdirigerande funktion trots allt har sjunkit, åtminstone till den grad att det blir viktigare att tvisten får en snabb, enkel och billig lösning.

Ett argument mot att det rör sig om en större ideologisk förändring skulle vara att olika typer av alternativ till ordinär domstolsprocess av ekonomiska och praktiska skäl tilltalar lagstiftaren. Även om intresset för alternativ till domstolsprocess från lagstiftaren grundar sig på enbart pragmatiska motiv vederlägger detta inte hypotesen om en bakomliggande ideologisk förändring i den meningen att man i viss mån eftergivit idén om rättskipningen som ett styrinstrument för att ge den materiella lagstiftningen genomslag. De rättsvetenskapsmän som i doktrin uppmärksammat frågan om rättskipningens handlingsdirigerande funktions vara eller icke vara tycks överlag utgå ifrån den egna uppfattningen huruvida handlingsdirigering är eftersträvaransvärt eller ej, inte om handlingsdirigeringen verkligen fungerar i praktiken.²⁴⁹

6.1.3 Kriterierna för rättskipning och ADR

Som redan redovisats i kapitel 3 framgår av regeringsformen att det för rättskipning finns domstolar. Det har också konstaterats att domstolarnas verksamhet inte inskränker sig till rättskipning.²⁵⁰ Om någon av de alternativa tvistlösningsmetoder som tillämpas i

²⁴⁸ Prop. 2005/06:105 s. 42–43.

²⁴⁹ Den som kanske med mest eftertryck utropat handlingsdirigeringens död är professor Bengt Lindell. Lindells kritik bygger i första hand på argumentet att handlingsdirigeringen spelat ut sin roll i det moderna globala samhället. Det skall i sammanhanget sägas att det tydligt framgår att han inte anser att det finns anledning att försöka återupprätta handlingsdirigeringens forna vigör. Se t.ex. Lindell (2006) s. 58. Vidare kan nämnas att Lindblom (2004) s. 240–241 menar att handlingsdirigering och konfliktlösning inte behöver utgöra ett motsatsförhållande, de snarare förutsätter varandra: ”den allmänna handlingsdirigeringen sker genom konfliktlösning i de enskilda fallen”.

²⁵⁰ Se 3.2.5 ovan.

domstol inte uppfyller kriterierna för rättskipning följer frågan vad det istället skall betraktas som.²⁵¹ Verksamheten kan svårligen ses som en till domstolen överlämnad förvaltningsuppgift. Alternativen är då att antingen betrakta allt som sker från att en talan anhängiggjorts till att rätten meddelar dom eller skiljer sig från målet som en del av processen vilket i så fall innebär en utsträckt betydelse av begreppet rättskipning. Eller så ser man verksamheten som något annat än rättskipning och förvaltning, ett oreglerat område både i processuellt- och konstitutionellt hänseende, som sker vid sidan om den ordinarie processen. Något generellt svar som gäller alla befintliga och föreslagna former av ADR-förfaranden i domstol står inte att finna. Därför skall frågan diskuteras inom ramen för respektive förfarande i avsnitt 6.2.

6.1.4 Rättskipning och offentlighet

Offentlighetsprincipens upphöjda ställning är en del av det svenska konstitutionella arvet. Ett uttryck för detta är den grundläggande principen att rättskipningen som huvudregel skall vara öppen och tillgänglig för kontroll.²⁵² Därför är det viktigt att skilja den tvistlösningsverksamhet som sker inför rätten från andra former, exempelvis medling. Förlikningsförhandlingar inför rätten bör enligt detta resonemang därför vara offentliga, men rättsläget är i detta hänseende inte klart.²⁵³

Vad beträffar rättskipning så är det, som konstaterats ovan, inte ett avgörande kriterium att det är en verksamhet som utövas av en domare inom ramen för en domstolsprocess. Även andra verksamheter kan uppfylla kriterierna för rättskipning. Ett exempel på rättskipning som sker utanför domstolen är tvist inför skiljeman.²⁵⁴ Det kanske främsta incitamentet till att välja ett skiljeförfarande är att undgå den insyn i processmaterialet som den ordinarie processen innebär.

6.2 Nya uppgifter för domaren

Om det som ovan diskuterats är möjligt att urskilja en förändring i synen på rättskipningens funktion blir det av intresse att undersöka hur detta påverkar domarens

²⁵¹ Se 3.2.5 ovan angående kriterierna för rättskipning.

²⁵² RF 2:11 2 st. och RB 5:1. Se också prop. 2004/05:131 s. 110.

²⁵³ SOU 2007:26 s. 77 och 125.

²⁵⁴ Lindell (2000) s. 140 kallar skiljemannens verksamhet för privat rättskipning.

roll i processen. Diskussionen i det följande kommer att begränsas till de inslag av alternativa tvistlösningsmetoder som bedrivs i anslutning till den ordinarie domstolsprocessen i tvistemål. Således kommer olika former av ”privat rättskipning” som inte har en direkt koppling till domarens rättskipande verksamhet att utelämnas.²⁵⁵ Alternativa förfaranden övervägs också på straffrättens område, men inte heller detta kommer att beröras inom ramen för detta arbete.²⁵⁶

6.2.1 Effektivitet och snabbhet

Den 1 juli 2006 ändrades bestämmelsen i RB 42:17 genom lag (SFS 2006:459). Därmed infördes en generell skyldighet för domstolen att, om det är lämpligt, verka för samförståndslösningar även i indispositiva tvistemål. Ett sådant förslag presenterades redan i 1999 års Rättegångsutredning (SOU 2001:103), men regeringen ville då avvakta vårdnadskommitténs pågående arbete. Det är förklaringen till varför den generella skyldigheten att verka för samförståndslösningar som omfattar alla indispositiva tvistemål föreslogs i propositionen ”Nya vårdnadsregler” (prop. 2005/06:99) och inte i den tidigare propositionen En modernare rättegång – reformering av processen i allmän domstol (prop. 2004/05:131).²⁵⁷ Det talas i propositionen om en generell skyldighet, men lagtexten i RB 42:17 st. 2 har formulerats som en fakultativ bestämmelse. Till skillnad mot stadgandet i RB 42:17 st. 1 som föreskriver att rätten skall verka för att parterna förlikas eller på annat sätt uppnår en samförståndslösning, föreskrivs i st. 2 i samma bestämmelse att rätten kan förelägga parterna att inställa sig till ett förliknings-sammanträde inför medlare som förordnas av rätten. Domarens roll har genom nämnda förändring än mer ändrats i riktning mot att bli en konfliktlösare. Det framgår av motiven till den nya generella regeln att lagstiftarens främsta syfte med ändringen är att

²⁵⁵ Olika former av ADR kan givetvis få en indirekt betydelse för domaren. Ett skiljeförfarande eller en medlingsuppgörelse som uteslutande bygger på de tvistande parternas initiativ utan att något förfarande inför domstol inleds kan i sin tur leda till att en ordinarie domstolsprocess inleds. En skiljedom kan angripas om ett allvarligt formellt fel begåtts, man brukar skilja på ogiltighets- och klandergrunder, se härom i Lindell (2000) s. 204 ff. En alltigenom privat överenskommelse under överinseende av en medlare har givetvis inte samma rättsliga betydelse som en dom. Emellertid kan ett upprättat avtal i samband med medlingssessionen ha bevisvärde vid en eventuell senare rättegång.

²⁵⁶ Se 28 § lagen (1964:167) med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare. Det uttalas i prop. 2005/06:165 s. 107–110 med anledning av de nya bestämmelserna angående unga lagöverträdare att ”[e]nligt regeringens mening bör medling ges en starkare ställning i rättssystemet”.

²⁵⁷ Prop. 2005/06:99 s. 62–63.

öka andelen samförståndslösningar eftersom dessa ger en mer hållbar lösning av konflikten.²⁵⁸

Ytterligare en förändring i rättegångsbalken i syfte att öka effektiviteten i processen kan nämnas. Enligt den nya lydelsen av 42:6 RB som träder i kraft den 11 november 2008 betonas än mer rättens skyldighet upprätta en tidplan för målets handläggning genom att bestämmelsen flyttats till ett eget stycke och får en tydligare formulering.²⁵⁹ Det framgår inte uttryckligen av motiven till lagen att det är effektivitetsskäl som ligger bakom förändringen.²⁶⁰ Dock är det svårt att finna några andra skäl till varför det införs en skyldighet att upprätta en tidplan och också att i lagtext betona vikten av att parterna under den pågående processen följer tidsplanen.

Detta är blott några av de tecken som tyder på en utveckling från idealet att den materiella rätten skall få genomslag i processen mot en strävan att finna en processform som är effektiv och snabb.²⁶¹ Lagstiftaren framhåller allt oftare att samförståndslösningar ger en snabbare och billigare lösning av en tvist.²⁶² Kunskapen om detta är inte ny, men dessa ledord har i allt större utsträckning hamnat i förgrunden.

6.2.2 Domarens förlikningsverksamhet och gränsen mot rättsskipning

Bestämmelserna om domarens förlikningsverksamhet i RB 42:17 st. 1 är en för rätten obligatorisk regel. Av andra stycket i nämnda paragraf framgår att bestämmelsen om särskild medling är fakultativ. Den något oprecisa skrivningen ”med hänsyn till målets beskaffenhet och övriga omständigheter” ger emellertid inte någon vägledning i frågan om vilka mål som lagstiftaren avsett som lämpliga för förlikningsverksamhet. Samma osäkerhet gäller kring gränsen mellan mål där det är lämpligt att domaren verkar för

²⁵⁸ Prop. 2005/06:99 s. 63.

²⁵⁹ Den nya bestämmelsen om upprättande av tidsplan lyder enligt RB 42:6 st. 4: ”Rätten skall upprätta en tidsplan för målets handläggning, om det inte på grund av målets beskaffenhet eller av något annat särskilt skäl är obehövligt. Parterna skall fortlöpande kontrollera att tidsplanen kan hållas såvitt gäller dem och deras bevisning. Om en part bedömer att tidsplanen inte kan hållas, skall detta genast anmälas till rätten. Om rätten bedömer att tidsplanen inte kan hållas, skall parterna underrättas om detta.” Den tidigare lydelsen, som var en del av paragrafens tredje stycke, var: ”Så snart det lämpligen kan ske bör rätten höra parterna angående målets handläggning och, om det inte på grund av målets beskaffenhet eller av något annat särskilt skäl är obehövligt, upprätta en tidsplan för denna”.

²⁶⁰ Den nya bestämmelsen införs genom lag (2006:459). I prop. 2005/06:99 nämns inget om skälen bakom förändringen.

²⁶¹ Till detta kan också det faktum att avvisningsreglerna skärpts påtaligt under den period som rättegångsbalken varit gällande. Se härom i Lindell (2006) s. 63, särskilt not 37.

²⁶² Prop. 2004/05:131 s. 211.

förlikning och mål som istället bör hänskjutas till en särskild medlare enligt bestämmelsens st. 2. Som särskiljande kriterium är det således inte vidare användbart att hävda att förlikningsverksamheten som bedrivs av domaren är obligatorisk medan medlingsalternativet är fakultativt. Domaren ges således ett relativt stort utrymme att själv avgöra om förlikningsförsöken skall stanna vid en fråga riktad till parterna om de övervägt alternativet att förlikas, i mål vars ”beskaffenhet och övriga omständigheter” talar mot en förlikning är det sannolikt att domaren inte ens behöver gå så långt.²⁶³ I de mål där domaren bedömer att det är lämpligt att försöka förlika parterna uppkommer följdfrågan i vilken utsträckning detta låter sig göras utan att förlikningsförsöken övergår i rättskipning. Som visats ovan har lagstiftaren i allt större utsträckning betonat både att det är önskvärt och att domaren har en skyldighet att försöka förlika parterna. Formen för förlikningsförhandlingen är inte lagstadgad, men i olika sammanhang har verksamheten kommenterats av lagstiftaren. Det har från lagstiftarens sida inte ansetts oförenligt med domarrollen att domaren själv kommer med konkreta medlingsbud i en förlikningsförhandling, även om det understrukits att detta bör ske med försiktighet. Det finns annars en risk att domaren framstår som partisk, vilket kan leda till jävsproblematik om domaren fortsätter att handlägga målet efter att förlikningsförsöken misslyckas.²⁶⁴ Om domaren i sin förlikningsverksamhet försöker övertyga en part genom att få hans sak att framstå som dåligt underbyggd i rättslig mening innebär det i princip att han genom sitt preliminära påstående inte uppfyller de kriterier som kan ställas på rättskipningen. Det kan därför hävdas att domaren i sin förlikningsverksamhet i större utsträckning bör trycka på utomrättsliga aspekter, eftersom dessa inte senare kan läggas till grund för en dom om förlikningsförsöken misslyckas. Om det i rätten bedrivs en allt för forcerad förlikningsverksamhet riskerar domarens roll att bli otydlig.²⁶⁵

En annan central fråga i sammanhanget är om förlikningsverksamhet är ett slags paus i rättegången eller en del av densamma. Om förlikningsverksamheten inte är en del av rättegången kan det inte betecknas som rättskipning.²⁶⁶ Ett argument för att domarens förlikningsverksamhet är en del av rättegången är att det enligt rättegångsbalken finns en skyldighet att, om det är lämpligt, försöka förlika parterna. I den meningen kan

²⁶³ Det kan i sammanhanget nämnas att departementschefen i prop. 1986/87:89 s. 113 inte ville peka ut någon viss typ av mål där förlikning under inga omständigheter bör aktualiseras.

²⁶⁴ Prop. 1986/87:89 s. 114.

²⁶⁵ SOU 2007:26 s. 108.

²⁶⁶ Jfr. Lindell (2006) s. 158-159. Frågan om förlikningsverksamheten är en del av rättegången kan också ha betydelse för om EKMR art. 6 skall anses vara tillämplig under förlikningsförsöken eller inte. Detta skall inte beröras närmare inom ramen för detta arbete, istället hänvisas till Lindell (2006) s. 159-161.

förlikningsverksamheten sägas vara en del av processen eftersom den initieras med stöd av en bestämmelse i rättegångsbalken. Ett alternativ synsätt kan möjligen vara att domarens förlikningsverksamhet är en del av rättegången av den anledning att domaren hela tiden förhåller sig till den pågående processen. I förarbetena till ändringen av RB 42:17 menar departementschefen att den omständigheten att ena parten har mer fog för sin ståndpunkt bör påkalla domarens försiktighet i fråga om förlikningsförsök.²⁶⁷ Lagstiftaren synes vara av den uppfattningen att domaren skall göra en preliminär bedömning av målet och sedan utifrån detta bestämma i vilken grad parterna skall förmås att nå förlikning. Det tycks emellertid inte finnas något krav från lagstiftaren på att samförståndslösningen skall överensstämma med en eventuell dom i målet. Ekelöf har däremot hävdat att domarens förlikningsverksamhet kan karaktäriseras som en summarisk process i processen med målsättning att överenskommelsen skall överensstämma med utgången i målet.²⁶⁸ Om domaren talar med parterna i enrum i syfte att få dem att gå med på en samförståndslösning finns det uppenbara risker att domarens preliminära bedömning av saken skiner igenom vid samtalet.²⁶⁹ Samtidigt är det förmodligen svårt att helt undvika att göra en preliminär bedömning av det som parterna anför, det kan antagas att det rent av är ett tämligen vanligt arbetssätt bland verkamma domare. När alla fakta i målet presenterats gör domaren en preliminär bedömning utifrån sin kunskap och erfarenhet och prövar sedan detta mot relevanta rättskällor.

Det enda egentliga argumentet mot att förlikningsförhandlingarna skall anses vara en del av processen är att det inte finns några förfaranderegler kring hur förlikningsverksamheten skall bedrivas. Detta till skillnad mot den annars detaljerade regleringen av den ordinarie processen i rättegångsbalken. Att förlikningsverksamheten inte skulle vara en del av rättegången har inte på allvar förts fram vare sig av lagstiftaren eller i doktrin.

6.2.3 Medling istället för dom

Den domstolsanknutna medlingen är visserligen lagstadgad i RB 42:17 st. 2, men själva medlingsprocessen utövas inte under lagarna. När parterna tillsammans med medlaren

²⁶⁷ Prop. 1986/87:89 s. 112.

²⁶⁸ Se Lindell (2006) s. 158 med hänvisning till Ekelöf, SvJT 1979 s. 562. Lindell synes vara kritisk till Ekelöfs argumentation även om han själv kommer till den slutsatsen att domaren förlikningsverksamhet är en del av rättegången. Jfr. Lindell (2006) s. 182.

²⁶⁹ Se SOU 2007:26 s. 76 där det framhålls att "[e]n metod som har blivit allt vanligare under senare år är att ordföranden under förlikningsförhandlingarna samtalar med parterna var för sig i enrum".

skall försöka lösa konflikten behöver inte hänsyn tas till vare sig författning, rättsliga principer eller praxis. Medlaren behöver inte heller ta processuella hänsyn på det sätt som en domare som bedriver förlikningsverksamhet måste.²⁷⁰ Medlingen sker ofta i en annan miljö och under andra tidsmässiga ramar än domstolsprocessen, dessutom är formen för medlingen mindre formell.²⁷¹ Den för parterna psykologiskt kanske viktigaste skillnaden mellan medling och förlikningsförhandlingar i rätten är att medlaren är en utomstående person, medan förlikningsförhandlingar sker under ledning av en domare. Det är viktigt att understryka att grunden för medling är att parterna styr och medlaren intar en mer eller mindre aktiv roll i syfte att underlätta kommunikationen mellan parterna. Medlaren kan hjälpa parterna att klarlägga intressen och formulera förslag till lösningar, men aldrig klart ta ställning för endera partens sak.²⁷² Domarrollen är starkt symbolladdad och förknippad med vissa förväntningar från parternas sida.²⁷³ Medlaren kan i och för sig vara en person med domarutbildning, men det är aldrig samma person som vid ett eventuell misslyckat medlingsförsök skall avgöra målet genom att senare döma i en ordinarie process.

Lagstiftaren anser att om domstolen finner att medling är påkallad, måste sådan också kunna komma till stånd oberoende av vad parterna anser om detta och ett beslut att förordna medlare får inte överklagas särskilt.²⁷⁴ Vid vårdnadstvister skall medlingen bekostas av allmänna medel.²⁷⁵ Trots att den domstolsanknutna medlingen har ett nära samband med den ordinarie processen, kan den ändå inte anses vara en del av densamma. Istället är det något som sker vid sidan av den ordinarie processen. Därför kan medling, även om den är förordnad av domstol, inte betecknas som rättskipning, det är istället en form av konfliktlösning som erbjuds som alternativ till rättskipning inom ramen för den ordinarie processen.

Medling används inte i någon större utsträckning vid svenska domstolar.²⁷⁶ Lagstiftaren har emellertid visat intresse för att utöka användandet av institutet

²⁷⁰ SOU 2007:26 s. 79.

²⁷¹ Lindell (2000) s. 118–119.

²⁷² SOU 2007:26 s. 66.

²⁷³ Lindell 2006 s. 165.

²⁷⁴ Prop. 2005/06:99 s. 64.

²⁷⁵ Prop. 2005/06:99 s. 64.

²⁷⁶ Se redovisning av enkätundersökning omfattande perioden 2005–2006 i SOU 2007:26 s. 95–96. Av de 52 tingsrätter som besvarade enkäten uppgav 20 att de inte förordnat om medling i något mål, 27 tingsrätter uppgav att de förordnat om medling i 1–5 mål och endast 7 av tingsrätterna hade förordnat om medling vid fler än 5 tillfällen.

medling.²⁷⁷ I utredningen ”Alternativ rättskipning” (SOU 2007:26) menar utredaren att domstolarnas uppgift inte bara är att lösa tvister i enlighet med gällande materiell rätt utan att det också är en viktig domstols

Det är i den meningen domarens roll förändras mot att i allt högre grad bli en konfliktlösare. Vad särskilt gäller domarens roll så kan en ökad användning av medling inför en oberoende medlare på bekostnad av hårt drivna förlikningsförsök från domaren medföra att utvecklingen tar en annan väg. En tydlig uppdelning mellan domaren som rättsskipare och medlaren som konfliktlösare talar för att domarens roll förändras i mindre omfattning än vad som antytts. I utredningen "Alternativ tvistlösning" (SOU 2007:26) föreslås emellertid att domare bör tas i anspråk för medlingsuppgifter.²⁷⁹ Med en sådan utveckling, där medlaren inte är en från rätten oberoende person, talar ändå mycket för att domarens roll förändras i och med en utökad användning av alternativa tvistlösningsmetoder.

Den andra aspekten är att den tidigare gällande synen på rättsskipningens funktion, främst från lagstiftaren sida, i viss mån övergetts. Förklaringen kan delvis vara ett rationalitetstänkande, man vill ha en enkel, snabb och billig process. Men det kan också vara insikten att rättsskipningen inte besitter de handlingsdirigerande egenskaper den tillskrivits. Vägledande prejudikat uppmärksammas sannolikt endast undantagsvis av enskilda rättssubjekt i ett skede innan en konflikt uppstått. Det är först efter att en konflikt uppstått som det blir relevant att jämföra med tidigare avgöranden i syfte a98]TJ 15.76 4()TJ

ett sanktionssystem knutet till lagstiftningen. Om samförståndslösningar inte heller behöver motsvara gällande rätt – åtminstone inte i de dispositiva tvistemålen; utan att det istället är viktigare att domstolsförfarandet är effektivt och snabbt och om rättskipningens handlingsdirigerande funktion inskränker sig till att vara ett incitament för de enskilda rättssubjekten att rätta sig efter den materiella lagstiftningen, blir slutsatsen av resonemanget ovan att rättskipningens handlingsdirigerande funktion inte fyller något verkligt behov. Mycket talar således för att rättskipningens främsta funktion i allt högre grad har blivit konfliktlösning, både i teorin och i praktiken. Därmed inte sagt att lagstiftningen inte fungerar handlingsdirigerande, självfallet får den materiella rätten ändå betydelse som utgångspunkt för de överväganden som rätten gör i sin konfliktlösande verksamhet. Oavsett vilken uppfattning man har beträffande graden av rättskipningens handlingsdirigerande betydelse, så förefaller det svårt att bortse från att lagstiftarens utstakade kurs i riktning mot samförståndslösningar inte gynnar rättskipningens handlingsdirigerande funktionen. En ökad benägenhet från domstolens sida att finna samförståndslösningar bör sannolikt på längre sikt också förändra den allmänna uppfattningen om vad en domstolprocess innebär. Om utvecklingen fortsätter på inslagen väg kan domstolen i framtiden komma att i första hand framstå som en konfliktlösningsarena. En ökad användning av alternativa tvistlösningsmetoder innebär också ett större behov av att klargöra vad som är rättskipningens yttre gräns, och när rättskipning övergår till att bli något annat. Kort sagt: rättskipningens innebörd förändras.

7 Avslutande diskussion

7.1 Förändringstendenser i svensk rättskultur

Avsikten med detta kapitel är att diskutera de rättsideologiska förändringstendenser som

måste uppvisa ett tillräckligt starkt intresse i sak, det måste också visas att åtgärden är proportionerlig i förhållande till vad som uppnås. I Sverige har en sådan avvägning ansetts vara något som ankommer på lagstiftaren under lagstiftningsarbetet. Även i detta hänseende får rättskipningen en funktion som varit främmande i svensk rättskultur. Med etablerandet av en sådan princip följer att rättskipningens funktion också i detta hänseende blir allt mer inriktad på konfliktlösning.²⁸²

När det gäller rättskipningens funktion i förhållandet mellan enskilda har undersökningen visast att konfliktlösning i allt högre grad eftersträvas från lagstiftaren. Om detta är ett medvetet ideologiskt ställningstagande eller endast en följd av praktiska överväganden är av mindre intresse. Väsentligt är att rättskipningens funktion i och med den redan påbörjade utvecklingen inte i samma utsträckning som tidigare kan vara att ge den materiella rätten genomslag i praktiken, även om lagstiftaren alltså framhåller detta. Således kan det också i detta hänseende argumenteras för ett ökat avstånd mellan lagstiftaren och rättstillämparen: rättskipningens funktion blir i större utsträckning att lösa konflikter i det enskilda fallet än att manifesteras av lagstiftaren valda lösningen. En sådan förändring av rättskipningens funktion medför sannolikt också en tydligare rågång mellan rättskipning och förvaltning.

7.1.2 Domarens roll

Utmärkande för den svenska domarens konstitutionella roll har varit den starka betoning på domarens verkställande funktion vid sidan av den rättskipande, vilket hänger samman med den i svensk rätt oklara rågången mellan rättskipning och förvaltning. Vilket i sin tur kan förklaras med den, enligt svensk tradition, starka betoningen på folkstyre, men av betydelse är också den hägerströmska ideologins starka genomslag i den svenska rättskulturen. Tillsammans med den särpräglade svenska juridiska metoden, med stark betoning på lojalitet gentemot lagstiftaren, blev effekten det i Sverige kom att tillämpas en utpräglad vertikal maktdelningsmodell. Till detta kan tilläggas den nationella protektionism och nationalstatsidéns starka ställning i Sverige

²⁸² Jfr. här Nils Jareborg som menar att en rättsprincip alltid är en böra-regel, det vill säga att inte följa en rättsprincip innebär därmed inte att man överträtt en regel. Han menar också, vilket är både ett korrekt och i sammanhanget viktigt påpekande, att rättsprinciper normalt är delvis oförenliga och således kan komma i konflikt med varandra. Se Jareborg (2003) s. 142.

under efterkrigstiden fram till förra seklets sista decennium, vilket fått till följd att domarna i hög grad kommit att inta ett nationellt perspektiv på rätten.

De i undersökningen redovisade rättskulturella förändringstendenserna tyder på att domarens konstitutionella roll i viss mån är under omvandling i och med att domaren i större utsträckning blir en konfliktlösare, både i den meningen att konfliktlösning blir allt viktigare i civilprocessen och i den meningen att domaren på allt fler områden inom förvaltningsrätten avgör konflikter mellan staten och den enskilde. Orsaken till det senare är att ett rättighetstänkande etablerats i svensk rätt, vilket stärkt den enskildes intressen i förhållande till statens intressen. Orsaken till det förra är att civilprocessens handlingsdirigerande funktion till viss del fått stå tillbaka till förmån för statens intresse att erbjuda en snabb och effektiv process. Vad som kan tilläggas är att den pågående ideologiska förändringen sannolikt får genomslag på ett mer allmänt konstitutionellt plan i den meningen att den vertikala maktdelningsmodell som tillämpas i Sverige i viss mån modifieras i riktning mot en horisontell dito. Vidare är det sannolikt att den svenska juridiska metoden genom den EG-rättsliga dimensionen och rättighetstänkandets intåg kommer att utvecklas i riktning mot ett arbetssätt som i vissa avseenden innebär en för domaren större självständigt gentemot lagstiftaren. Ett tydligt tecken på detta är den i svensk rätt numera erkända proportionalitetsprincipen. Det finns också anledning att anta att det snäva nationella perspektivet kommer att utvidgas till att omfatta också ett europeiskt perspektiv. En sådan utveckling innebär sannolikt på sikt att de komparativa inslagen i domarnas arbete blir både fler och berör fler rättsområden. Genom att europeiska rättighetstänkandet på allvar etablerar sig i svensk rätt finns det anledning att i händelse av en jämförande undersökning inte stanna vid våra skandinaviska grannländers rättsordningar utan också ta språnget över till kontinenten.

7.2 *Egna anmärkningar*

I detta avslutande avsnitt skall några allmänfilosofiska reflektioner på de förändringstendenser som beskrivits i detta arbete lyftas fram. Framställningen i denna del är givetvis inte heltäckande och i högsta grad översiktlig. Jag har valt att lyfta fram två aspekter som jag personligen finner intressanta och tänkvärda. Det gäller dels den av Hägerström flitigt diskuterade frågan om metafysik, dels frågan om det är önskvärt med

en utveckling där domaren får en mer framträdande konstitutionell roll, delvis till följd av att den strikt positivrättsliga hållningen inte längre upprätthålls.

7.2.1 Den metafysiska frågeställningen – återigen

Hägerström värnade det vetenskapliga redbarhetskravet och ansåg att allt som kunde betecknas som metafysik skulle utmönstras ur rättssystemet. Enligt honom hade metafysiken inte någon plats i den moderna rättsvetenskapen. Det är främst för detta han har blivit ihågkommen och i den moderna rättsvetenskapliga debatten framställs han ofta som något av en kuriositet. Som visats i detta arbete har emellertid hans ideologi satt djupare spår än vad som tidigare antagits. Genom att rättighetstänkandet på allvar etablerat sig i Sverige kan det hävdas att metafysiska föreställningar åter etablerat sig i rättssystemet. Det får emellertid inte glömmas bort att en annan metafysisk föreställning, den nationella, under hela efterkrigstiden frodats i den svenska rättskulturen utan att detta uppmärksammas i någon större utsträckning. Den utveckling som går i riktning mot en europatanke är i mångt och mycket inget annat än en utvidgning av nationalstatsidén.

Avsikten med detta arbete har inte varit att argumentera för att rättighetsidén är bra, medan nationalstatsidén är dålig. Det jag vill visa är att båda är föreställningar som, oavsett om de objektivt existerar eller ej, hör hemma i rättssystemets mer trögrörliga delar. Det kan argumenteras för att existensen av vissa föreställningar är en förutsättning för ett fungerande samhälle.²⁸³ Dessa föreställningar kan beskrivas som kulturellt betingade myter som förverkligar sig själva, vilket hänger samman med att de är djupt förankrade och sedimenterade i rättskulturen. Det är därför allt för förenklat att avfärda exempelvis myten om nationen som enbart en myt, det motbevisas ständigt genom att myten förverkligar sig själv. Det är en anledning till att man inte, som Hägerström, kan avfärda sådana föreställningar rakt av med hänvisning till att dessa är ett uttryck för metafysik. En annan anledning är att myten om nationen kan ha en än djupare förankring, såsom människors (biologiska) behov att identifiera sig med en grupp. Således något som inte blott är en föreställning.²⁸⁴

²⁸³ Jfr. Wiklund (2007) s. 918 som diskuterar vikten av att myten om den liberala rättstatens skiljelinje mellan politik och juridik upprätthålls.

²⁸⁴ Därmed är myten formbar, vilket bland annat (ut-)nyttjats från politiskt håll, men det gör det också möjligt att ifrågasätta myten. Det moderna samhället innebar inte bara att livsbetingelserna förändrades

På samma sätt som nationalstatsidén kan, och bör, rättighetstanken kritiskt granskas. En rättighet behöver inte vara något absolut bara för att det kallas rättighet. Grunden i Hägerströms filosofiska teori, det vetenskapliga redbarhetskravet, har enligt min mening en given plats i den nutida debatten. Dock inte med den radikala tillämpning som Hägerström förespråkade, vilket ledde till ett totalt rättighetsförnekande. Lika fel som att avfärda alla rättigheter såsom metafysiska föreställningar är det att okritiskt upphöja både det ena och andra till en rättighet. Rättighetsfrågan kan sägas ha komplicerats under de senaste decennierna genom att rättighetstänkandet adopterats även av rörelser på den politiska vänsterkanten efter att den strängt kollektivistiska läran fått omvärderas efter Sovjetunionens fall. Detta är gällande även i Sverige. Självfallet är detta en utveckling som skall välkomnas. Emellertid har adoptionen i första hand gällt rättighetsidén som sådan, inte dess ideologiska grund. Därför görs i dessa grupper inte någon större skillnad på positiva och negativa rättigheter.²⁸⁵ Rättighetstanken riskerar därmed att upphöjas till en myt, en metafysisk föreställning som okritiskt kan fyllas med vad som helst och därmed förlora sin betydelse. I detta hänseende kan det hägerströmska redbarhetskravet fylla en viktig funktion. Med ett sådant redbarhetskrav måste varje påstående om en rättighet i juridiskt sammanhang förankras, motiveras, vägas på guldväg och kritiskt granskas. Det finns all anledning att anta att enskilda i allt högre grad kommer att göra rättighetsanspråk gällande i rätten.²⁸⁶ För lagstiftaren finns det anledning att iakttä försiktighet och inte urvattna rättighetsbegreppet. För domaren finns det därför all anledning uppmärksamma rättighetsfrågornas komplexitet och inte okritiskt söka i förarbeten efter lagstiftarens syn på huruvida ett det ena eller andra är att anse som en rättighet. Som visats finns det anledning att anta att det i allt större utsträckning kommer att ankomma på domare att göra dessa intresseavvägningar.

för en stor del av befolkningen, det innebar också att gamla gemenskapsband försvagades vilket således fick till följd att många vara mottagliga för att associera sig med en ny gemenskap: nationen. En stark bidragande orsak till detta var den omfattande urbanisering som präglade årtiondena efter andra världskriget. En period som starkt präglades av byggandet av den nationella välfärdsstaten, vilket, som visats i kapitel 3, starkt präglat den svenska rättskulturen.

²⁸⁵ Den strikta uppdelning mellan positiva och negativa rättigheter som exempelvis Robert Nozick företräder i "Anarki, stat och utopi" har inte fått något större genomslag i svensk debatt.

²⁸⁶ En lång rad av det som av många påstås vara en rättighet är, enligt min mening, inte en rättighet i egentlig mening utan utgör snarare ett i och för sig beaktansvärt intresse. Detta är ett synsätt som till stor del stämmer överens med regleringen i RF 2:12.

7.2.2 Är rättssystemet blott en samling regler?

Vad finns det för anledning att välkomna den i uppsatsen beskrivna utvecklingen där domarens roll tenderar att bli friare i förhållande till lagstiftaren? Före detta justitierådet Bertil Bengtsson gör i en artikel publicerad i SvJT från år 2000 gällande att det huvudsakligen finns två anledningar till varför det finns ett intresse att tona ned motivens betydelse i svensk rätt.²⁸⁷ Den ena är att motivens minskade auktoritet innebär rättsvetenskapsmännens revansch. Den andra är att man av någon anledning inte gillar vissa av huvudtankarna i det svenska regelsystemet. Bengtsson menar då att europa-tanken ger en plattform att angripa detta med hänvisning till allmänna rättsprinciper.

Det går säkert att finna någon opportunistisk person som drivs av det av Bengtsson föreslagna egenintresset. Enligt min mening finns det emellertid en betydligt djupare förklaring än egenintresset och jag vill hävda att Bengtssons tankegång på ett ganska tydligt sätt belyser en av de frågor som varit huvudtanken bakom detta arbete. I Bengtssons påstående kan det skönjas en skepsis mot allmänna rättsprinciper, något som är naturligt om man anser att rättssystemet allt igenom saknar någon annan förankring i verkligheten än att det består av en samling stadsfästa lagar. Med en sådan utgångspunkt ligger det nära till hands att anse att juristens roll är att tillämpa den positiva rätten, inte ha åsikter om regelsystemet som sådant, bortsett från rent regeltekniska skäl; rättsprinciperna blir då inget annat än något som deduceras ur systemet. Om man istället accepterar idén om att det faktiskt existerar rättigheter, i vart fall i den bemärkelsen att det finns kulturellt betingade föreställningar som är förankrade så till den grad att det enda som kan omkullkasta dem är tiden, blir utgångspunkten en annan. Med ett sådant synsätt får rättsprinciperna en naturlig plats i rättssystemet genom att de skyddar den enskildes rättighetsanspråk och skapar en motvikt till lagstiftarens förändringsvilja. Om detta är bra eller inte ankommer givetvis till stor del på vilken politisk grundsyn man har.²⁸⁸ Det Bengtsson kallar egenintresse framstår enligt min uppfattning som ett uttryck för en annan ideologisk syn på rätten.

²⁸⁷ Se Bengtsson (2000) s. 256 f.

²⁸⁸ Utan att sväva ut i djupare diskussion kring detta kan sägas att de som har en politisk uppfattning som vilar på individualistisk grundsyn välkomnar detta i större utsträckning än dem som intar en kollektivistisk grundsyn.

Eller, om man så vill, ett symptom på den förändringsrörelse i rättskulturen som uppstår då tidigare uppfattningar och föreställningar ifrågasätts och en ny ideologi formas.²⁸⁹

²⁸⁹ Med det sagt finns det anledning att citera inledningen i Bengtssons artikel som vittnar om både ett sinne för humor och en viss självdistans: "Vid varje välskött symposium är det naturligt att man bland andra bjuder in en äldre, något rigid ämbetsman, vars melankoliska uttalanden kommer övriga deltagares glada och framtidsinriktade inställning att framstå i desto klarare ljus. En blick på deltagarlistan visar att det är jag som fått denna ansvarsfulla uppgift, och jag skall nu försöka fullgöra den." Se Bengtsson (2000) s. 256. När jag i slutskedet av skrivprocessen läste detta, förstod jag att min uppgift i rättsvetenskapliga sammanhang är att, i motsats till Bengtsson, stå för en glad och framtidsinriktad inställning. Min förhoppning är att den uppgiften fullgjorts till läsarens belåtenhet.

Käll- och litteraturförteckning

Avgöranden från domstolar

Högsta domstolen

NJA 1964 s. 471

NJA 1992 s. 532

NJA 1994 s. 657

NJA 2000 s. 132

NJA 2001 s. 22

NJA 2005 s. 33

NJA 2008 s. 560

Regeringsrätten

RÅ 1995 ref. 58

RÅ 1997 ref. 65

RÅ 1999 ref. 76

RÅ 2004 ref. 95

RÅ 2005 ref. 29

Arbetsdomstolen

AD 1989 nr 120

AD 1998 nr 17

Marknadsdomstolen

MD 2003:5

Europadomstolen

Dom 23 september 1982, Series A No 52 (Sporrong-Löönroth)

Dom 27 oktober 1987, Series A No 125 –A (Pudas)

Dom 7 juli 1989, Series A No 159 (Tre Traktörer AB)

Dom 25 oktober 1989, Series A No 163 (Allan Jacobsson)

EG-domstolen

C-25/62, Plaumann mot kommissionen, REG 1963 , s. 95

26/62, Van Gend en Loos mot Nederlandse Administratie der Belastingen,
REG 1963 s. 1

6/64, Costa mot E.N.E.L., REG 1964 s. 585

11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getredie und Futtermittel, REG 1970, s. 1125
C-341/05, Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan och Svenska Elektrikerförbundet. REG 2007, s. I-0000

Offentligt tryck

Prop. 1951:165	Godkännande av Sveriges anslutning till Europarådets konvention angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
Prop. 1989/90:85	Om ny summarisk process
Prop. 1992/93:210	Om ny ordningslag m.m.
Prop. 1993/94:114	Grundlagsändringar inför ett svenskt medlemskap i Europeiska unionen
Prop. 1993/94:117	Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor
Prop. 1994/95:19	Sveriges medlemskap i Europeiska unionen
Prop. 1997/98:101	Översyn av förvaltningsprocessen
Prop. 2000/01:80	Ny socialtjänstlagen m. m.
Prop. 2001/02:72	Ändringar i regeringsformen – samarbetet i EU m.m.
Prop. 2005/06:56	En moderniserad rättsprövning, m.m.
Prop. 2005/06:165	Ingripanden mot unga lagöverträdare
Prop. 2007/08:70	Ny vårdform inom den psykiatriska tvångsvården
Prop. 2007/08:113	Rekrytering av domare
SOU 1978:34	Förstärkt skydd för fri- och rättigheter
SOU 1994:99	Domaren i Sverige inför framtiden – utgångspunkter för fortsatt utredningsarbete, Betänkande av 1993 års domarutredning, Del B
SOU 1999:76	Maktdelning, Forskarvolym I

SOU 2007:26	Alternativ tvistlösning
SOU 2007:69	Bestämmelser om domstolar i regeringsformen
SOU 2007:85	Olika former av normkontroll
SOU 2008:43	Tre rapporter till grundlagsutredningen
Ds 1998:57	Kommittéerna och bofinken - kan en kommitté se ut hur som helst?
Ds 1993:90	Sammanställning av remissyttranden över fri- och rättighetskommitténs delbetänkande Fri- och rättighetsfrågor (SOU 1993:40)
KU 1978/79:39	Konstitutionsutskottets betänkande 1978/79:39 med anledning av propositionen 1978/79:195 om förstärkt skydd för fri- och rättigheter m.m jämte motioner

Övriga tryckta källor

Statskontorets remissvar, diarienummer 2005/315-4

Miljööverdomstolen / Svea Hovrätt yttrande Dnr 129/06

Åberopad litteratur

- Andersson, Torbjörn
Skillnad och upprepning – en metafunktionalistisk skiss av samma sak, återigen... i *Festskrift till Lars Heuman*, Jure Förlag AB 2008 sid. 1–14.
- Andersson, Torbjörn
Rätten till domstolsprövning och svenska domstolars behörighet – nygamla problem i ljuset av ett HD-avgörande, *Svensk Juristtidning* 2001, sid. 861–884.
- Bengtsson, Bertil
Kommentarer angående lagstiftningsprocessen, *Svensk Juristtidning*, 2000 sid. 256–259.
- Bernitz, Ulf
Sverige och europarätten. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2002.
- Bull, Thomas
Om domstolarnas roll i demokratin – fågel, fisk eller mittemellan? – del I, *Juridisk Tidsskift vid Stockholms Universitet* 1999/00, sid. 794.
- Bull, Thomas
Om domstolarnas roll i demokratin – fågel, fisk eller mittemellan? – del II, *Juridisk Tidsskift vid Stockholms Universitet* 2000/01, sid. 26.
- Cassirer, Ernst
Axel Hägerström, Thales, Stockholm 2005.
- Danelius, Hans
Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, Norstedts Juridik, Stockholm 2007.
- Ekelöf, Per Olof – Edelstam, Henrik
Rättegång I, Norstedts Juridik, Stockholm 2002.
- Ekelöf, Tord, Myrdal, Gunnar, Pålsson, Robert
Vi och Västeuropa: Andra ronden, Rabén & Sjöström, Stockholm 1971.

Hallström, Per	<i>Tvärvetenskap och internationella rättsfrågor i Tvärvetenskapliga angreppssätt i rättsvetenskapen</i> , Skrifter från Juridiska institutionens vid Umeå universitet 2000, sid. 11–14.
Hettne, Jörgen	<i>Rättsprinciper som styrmedel</i> , Norstedts Juridik, Stockholm 2008.
Hydén, Håkan	Rättskulturens beroende av samhällsstruktur i <i>Liber Amicorum Kjell Å Modéer</i> , Juristförlaget i Lund, sid. 241–254.
Hägerström, Axel	<i>Socialfilosofiska uppsatser</i> , Orion/Bonniers, Stockholm 1966.
Kellberg, Love	Den svenska inställningen till Europarådsdomstolen i <i>Festskrift till Lars Hjerner – Studies in international law</i> , Norstedts, Stockholm, 1990 sid. 299–311.
Knutsson, Anders	Om särskilda yttranden i HD i <i>Festskrift till Bertil Bengtsson</i> , Nerenius & Santérus förlag, Stockholm, 1993 sid. 271–284.
Lavin, Rune	<i>Domstol och administrativ myndighet</i> , PA Norstedt & Söner förlag, Stockholm 1972.
Leijonhufvud, Madeleine	<i>Etiken i juridiken</i> , 3:e uppl., Norstedts Juridisk AB, Stockholm 2007.
Lindell, Bengt	<i>Alternativ rättskipning eller alternativ till rättskipning</i> , Iustus förlag, Uppsala 2006.
Lindell, Bengt	<i>Alternativ tvistlösning – särskilt medling och skiljeförfarande</i> , Iustus förlag, Uppsala 2000.
Lindell, Bengt	<i>Civilprocessen</i> , Iustus förlag, Uppsala 1988.
Lindell, Bengt	<i>Partsutonomins gränser</i> , 2:a uppl., Iustus förlag, Uppsala 2003.

Lindblom, Per Henrik	ADR – opium för rättsväsendet? Synpunkter på alternativ tvistlösning och valfri civilprocess. Svensk Juristtidning, 2006, sid. 101–130.
Lindblom, Per Henrik	Domstolarnas växande samhällsroll och processens förändrade funktioner – floskler eller fakta?, Svensk Juristtidning, 2004 sid. 229–262.
Lindblom, Per Henrik	<i>Progressiv Process</i> , Iustus förlag, Uppsala 2002.
Linderborg, Åsa	<i>Socialdemokraterna skriver historia</i> , Atlas, Stockholm 2001.
Lundstedt, Vilhelm	Har Duguits rättsteori något underlag i fakta i <i>Festskrift tillägnad Axel Hägerström</i> , Uppsala, 1928 sid. 84–110.
Peterson, Claes	Uppsalaskolan och politiseringen av rättsvetenskapen, Juridisk Tidsskrift vid Stockholms Universitet 2003/04, sid. 574.
af Malmborg, Mikael	<i>Den ståndaktiga nationalstaten</i> , Lund University Press, Lund 1994.
Modéer, Kjell Å.	Vad är rättskultur? i <i>Rätten, en festskrift till Bengt Ankarloo</i> , Nordic Academic Press, Lund sid. 384–403.
Myrdal, Gunnar	<i>Objektivitetsproblemet i samhällsforskningen</i> , Rabén & Sjögren, Stockholm 1968.
Mårsäter, Olle	<i>Folkrättsligt skydd av rätten till domstolsprövning</i> , Uppsala 2005.
Nergelius, Joakim	<i>Konstitutionellt rättighetsskydd</i> , Norstedts Juridik, Stockholm 1996.

- Nergelius, Joakim
Domstolarna, grundlagen och rättighets-
skyddet – några reflektioner kring de senaste
årens debatt och praxis, Svensk Juristtidning
1997, sid. 426–457.
- Nordquist, Jonas
Domstolar i det svenska politiska systemet,
Stockholm Studies in Politics, Stockholm
2001.
- Karlsson, Nils
Grundlagen, demokratin och tidsandan i
Berggren, Niclas, Karlsson, Nils, Nergelius,
Joakim (red.), *Makt utan motvikt*, City
University Press, Stockholm, 1999 sid. 1-36.
- Olivecrona, Karl
Rättsordningen, Gleerups, Lund 1966.
- Peczenik, Aleksander
Juridikens allmänna läror, Svensk Jurist-
tidning, 2005, sid. 249–272.
- Peczenik, Aleksander
Juridikens metodproblem, AWE/Gebbers,
Stockholm, 1980.
- Peczenik, Aleksander
Principer i det svenska statsskicket i Berggren,
Niclas, Karlsson, Nils, Nergelius, Joakim
(red.), *Makt utan motvikt*, City University
Press, Stockholm, 1999 sid. 109–154.
- Peczenik, Aleksander
Rätten och förnuftet, 2:a uppl. Norstedts,
Stockholm, 1986.
- Peterson, Claes
Uppsalaskolan och politiseringen av
rättsvetenskapen, Juridisk Tidsskrift vid
Stockholms Universitet, 2003/04, sid. 571–
585.
- Petrén, Gustaf
Domstolarnas ställning enligt 1974 års
regeringsform, Svensk Juristtidning 1975, sid.
1–14.

- Pettersson, Bo *Axel Hägerströms värdeteori*, Filosofiska Studier utgivna av Filosofiska Föreningen och Filosofiska Institutionen vid Uppsala Universitet nr 17, Uppsala 1973.
- Ragnemalm, Hans EG-rätt i Regeringsrätten i *Festskrift till Rune Lavin*, Juristförlaget i Lund, Lund 2006 sid. 223–234.
- Robertson, A. H. *Human Rights in Europe*, Manchester University Press, Manchester, 1963.
- Samuelsson, Joel *Tolkning och utfyllning*, Iustus förlag, Uppsala, 2008.
- Sandgren, Claes Om empiri och rättsvetenskap, *Juridisk Tidsskrift* vid Stockholms Universitet 2004/05, sid. 297–333.
- Sandgren, Claes Om teoribildning och rättsvetenskap (del II), *Juridisk Tidsskrift* vid Stockholms Universitet 1995/96, sid. 1035–1059.
- Schmidt, Folke Domaren som lagtolkare i *Festskrift tillägnad Nils Herlitz*, Stockholm 1955, sid. 263–298.
- Smith, Eivind Sverige som konstitutionell demokrati, *Svensk Juristidning* 2000, sid. 11–35.
- Sterzel, Fredrik *Författning i utveckling*, Iustus förlag, Uppsala 1998.
- Strömholm, Stig *Rätt, rättskällor och rättstillämpning – en lärobok i allmän rättslära*. 5:e uppl. Norstedts Juridik AB, Stockholm 1996.
- Sundberg, Jacob W.F. Europakonventionen och förändringens vindar, *Juridisk Tidsskrift* vid Stockholms Universitet, 2006/07, sid. 126–150.

- Suszycki, Andrzej Marcin De grundläggande friheternas och rättigheternas betydelse inom olika rättsområden i Karolewski, Ireneusz Pawel & Suszycki, Andrzej Marcin (red.), *Nationalism and European Integration*, Continuum New York & London 2007, sid. 85–100.
- Tamm, Ditlev Legal culture and the future of legal history i *Liber Amicorum Kjell Å Modéer*, Juristförlaget i Lund, sid. 241–254.
- Taube, Caroline Domstolar och lagprövning i Mattson, Ingvar & Petersson, Olof (red.), *Svensk författningspolitik*, SNS Förlag, Stockholm 2003, sid. 163–182.
- Teitgen, Pierre-Henri Introduction to the European Convention on Human Rights i Macdonald, R.St.J, Matscher, F. och Petzold, H. (red.), *The European System for the protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1993, sid. 3–14.
- Tuori, Kaarlo Rättsstatsbegreppet: polemik och paradox i *Festschrift till Åke Frändberg*, Iustus förlag AB 2003, sid. 289–306.
- Töllborg, Dennis Några reflektioner rörande relationen vetenskap/praktik inom juridiken, Juridisk Tidsskrift vid Stockholms Universitet 1995/96, sid. 354.
- Viljanen, Veli-Pekka De grundläggande friheternas och rättigheternas betydelse inom olika rättsområden i Gräns, Minna & Westerlund, Staffan (red.), *Interaktiv rättsvetenskap, en antologi*, Uppsala, Åbo, 2006 sid. 163–180.
- Warnling-Nerep, Wiweka *Rätten till domstolsprövning & rättsprövning*, 3:e uppl., Jure förlag AB, Stockholm 2008.

Westberg, Jacob

Den nationella drömträdgården. Den stora berättelsen om den egna nationen i svensk och brittisk Europadebatt, Stockholms universitet 2003.

Wiklund, Ola

Juridisk nationalism och lagprövning – hinder för gemenskapsrättens genomslag i svensk rätt, Svensk Juristtidning 2007, sid. 910–926.