

Domstolarna som statsmakt – några utvecklingslinjer

av Johan Hirschfeldt

Mitt föredrag skall handla om några utvecklingslinjer för domstolarnas konstitutionella ställning i Sverige. Hur kan man beskriva framväxten av domstolarna som statsmakt? Tänker man på Montesquieus tredelning av makten och det faktum att Högsta domstolen inrättades 1789 kan man kanske tro att grunden till dagens ordning skall sökas just i upplysningstidens tankevärld. Men det är inte så. Den svenska högsta dömande makten var i stället påtagligt svag just efter 1789. Vi behöver i stället söka grunddragen både före och efter det året. Min framställning blir dock snarare tematisk än kronologisk.

Utskottet har sökt att bilda en *Styrande Magt*, verksam inom bestämda former, med enhet i beslut och full kraft i medlen att dem utföra; En *Lagstiftande Magt*, visligt trög till verkning, men fast och stark till motstånd; En *Domare-Magt*, självständig under Lagarna, men ej självhärskande över dem. Det har vidare sökt att rikta dessa makter till inbördes bevakning, till inbördes återhåll, utan att dem sammanblanda, utan att lämna den återhållande något av den återhållnas verkningsförmåga. På dessa huvudgrunder av statskrafternas särskilda bestämmelser och ömsesidiga motvikt skall den statsförfattning vila, som utskottet föreslagit.

I konstitutionsutskottets berömda memorial år 1809 är det alltså domarmakten som är den tredje statsmakten.

Men sedan blev det hos oss i stället pressen som fick den beteckningen. Varför?

I 1809 års regeringsform kom inte någon egentlig tredelning av makten till uttryck. I stället levde dualismen kungen – riksdagen kvar. Domstolarna balanserades mellan de båda. Kungen utnämnde domare och svarade för administrationen av domstolarna, medan riksdagen kontrollerade, förutom den verkställande makten, också den dömande makten med sina organ konstitutionsutskottet, JO och Opinionsnämnden.

Det var helt enkelt så att domstolarna i början av 1800-talet inte trädde fram särskilt starkt som en självständig makt utan mera som en förvaltningsgren i ämbetsmannastaten. Samtidigt föddes den moderna svenska dagspressen. Det blev den som hos oss kom att kallas för den tredje statsmakten. Uttrycket lär ha myntats av Geijer 1838: "I den nyare

(konstitutionen) har ... denna (fria) diskussion fått en ny, tredje mäktig organ - pressen."¹ I samtidens press sägs sedan med hänvisning till Geijer att den periodiska pressen är tredje statsmakten.

Men åter till den tredje statsmakten i dess betydelse enligt en renlärig maktindelningsteori. I fråga om domstolarnas maktställning finns det både mer allmänna principer och rent svenska särdrag att ta upp.

Lagbundenhetens princip

"Land skall med lag byggas". Sentenser av det slaget möter oss i domstolsbyggnaderna i Norden. Jag väljer här en något längre formulering från Upplandslagens byalagsbalk 1296. Där talar orden till oss genom tiden inte bara om lagbundenhet utan också om välfärd för människorna i Roslagen och de tre folklanden i Uppland. Så här lyder de:

Land skall med lag byggas och ej med våldsgärningar. Ty då går det landen väl, när lagen följs.

Kravet på lagbundenhet finns sedan med i landslagarna och regeringsformerna. I modern tid har lagstiftaren sökt finna ett sätt att föra över och omformulera den berömda fri- och rättighetsparagrafen, § 16, som stod i 1809 års regeringsform. Där fanns också kravet på lagbundenhet uttryckt. Till sist höll denna princip dock att hamna utanför regeringsformens portalstadgande! Det var ett påpekande under remissbehandlingen inför 1974 års regeringsform av Riksdagens ombudsmän (JO) som gav oss formuleringen i 1 kap. 1 § tredje stycket RF om att den offentliga makten utövas under lagarna. Så uttrycks alltså i dag principen om all maktutövnings lagbundenhet.

Fri- och rättighetsregleringen

Sedan vill jag stanna upp vid fri- och rättighetsregleringen. Ett effektivt rättighetskydd förutsätter rättskipning i oavhängiga domstolar och hör därmed till dagens ämne.

Här finner vi grunden i landslagens kungabalk. Texten överarbetades i 1719 och 1772 års regeringsformer och fördes över till § 16 i 1809 års regeringsform som löd:

Konungen bör rätt och sanning styrka och befordra, vrångvisa och orätt hindra och förbjuda, ingen fördärva eller fördärva låta, till liv, ära, personlig frihet och välfärd, utan han lagligen förvunnen och dömd är, och ingen avhända eller avhända låta något gods, löst eller fast, utan rannsaking och dom, i den ordning, Sveriges lag och

¹ *Svenska Akademiens Ordbok*, del 30, SPÅR till STOCKNA, uppslagsordet stat med underordet statsmakt.

laga stadgar föreskriva; ingens fred i dess hus störa eller störa låta; ingen från ort till annan förvisa; ingens samvete tvinga eller tvinga låta, utan skydda var och en vid en fri utövning av sin religion, så vitt han därigenom icke störer samhällets lugn eller allmän förargelse åstadkommer. Konungen låte en var bliva dömd av den domstol, varunder han rätteligen hör och lyder.

Texten i § 16 är tillsammans med den utförliga regleringen av tryckfriheten och några andra ofullständiga bestämmelser (§§ 73 och 74) om den personliga äganderätten de bestämmelser om medborgerliga friheter som vi hade i Sverige in i modern tid.

I den s.k. Tingstenska utredningen om medborgerliga fri- och rättigheter med sitt betänkande från 1941 anfördes i principmotiveringen att det med en modern rättighetsreglering gällde "att stärka den svenska rättsordningen och därmed den svenska staten; den nationella enhetens särart och styrka betingas av medborgarnas frihet och rättssäkerhet." Utredningen föreslog en modernisering av § 16. Betänkandet remissbehandlades inte.

Efter en motion kom dock saken upp inför 1948 års konstitutionsutskott (KU 1948:17). Utskottet anförde bl.a.: "rättsstatens grundsatser, vilkas betydelse under lugnare tider icke alltid tillfullo uppmärksammas, hava under den förödelsens tid, som det europeiska statslivet genomgått, kommit att för alla demokratiskt sinnade medborgargrupper i vårt land allt klarare framstå i hela sin omätliga betydelse. --- rättsstaten är den omistliga grundvalen för allt svenskt samhällsliv." Utskottet begärde enhälligt utredning av frågan.

När Författningsutredningen fick sina direktiv 1954 tycks saken ha fallit i glömska, den nämns inte i texten. Men konstitutionsutskottet tog upp saken 1958 och förklarade sig vidhålla sin uppfattning från tio år tidigare om behovet av utredning. Två riksdagsskrivelser från 1938 och 1948 samt det Tingstenska betänkandet överlämnades därför av regeringen till Författningsutredningen "för att vara tillgängliga vid fullgörandet av utredningens uppdrag."

Det blev alltså Författningsutredningen och sedan Grundlagberedningen som kom att behandla frågan om hur fri- och rättigheterna skulle nyregleras i grundlag. I ett särskilt yttrande till Författningsutredningen gjorde herrar Rudholm, Stjernquist och Westerståhl ett försök att utifrån § 16 formulera ett portalstadgande i regeringsformen. Deras förslag togs sedan upp av Grundlagberedningen som föreslog att 1 kap. 8 § regeringsformen skulle lyda:

Rikets myndigheter skall styrka rätt och sanning, hindra vrångvisa och orätt samt skydda envar till liv, ära, personlig frihet och välfärd.

I propositionsarbetet gav man dock upp försöken att i 1974 års regeringsform bibehålla dessa delar av texten från § 16. Det fortsatta arbetet med frågan skall inte behandlas här. Det har dragit ytterligare ut på tiden långt efter år 1974 och kan sägas ännu pågå.

Förbudet mot inrättandet av tillfälliga domstolar

I England infördes i Bill of Rights 1689 ett förbud mot extraordinära domstolar efter erfarenheterna av det Stuartska enväldet. I Sverige kom principen till uttryck som en reaktion mot en annan enväldig statsmakt: frihetstidens och riksens maktägande ständer använde egna extraordinära dömande kommissioner som ersättning för domstolar. I slutet av frihetstiden förekom dock från de yngre mössorna krav på avskaffande av extraordinära domstolar.²

Efter statsvälvningen stadgades det i 1772 års regeringsform § 16:

Alla kommissioner, deputationer med domsrätt eller extraordinarie domstolar, vare sig tillsatta av konung eller ständer, är hädanefter avskaffade såsom befordringsmedel till envælde och tyranni; utan var och en svensk man njute den rätt att bliva dömd av den domstol under vilken han enligt Sveriges lag hör.

Denna centrala rättsstatliga förbudsregel mot extraordinära domstolar fördes under 1800-talet in i flera europeiska konstitutioner. I Sverige kommer den nu till uttryck i 2 kap. 11 § RF: "Domstol får icke inrättas för redan begången gärning och ej heller för viss tvist eller i övrigt för visst mål."

Domares rättsställning

En viktig beståndsdel för att forma begreppet en oavhängig dömande makt gäller domarens rättsliga ställning eller tryggheten i ämbetet och ämbetsansvaret. I många länder finns nu regler om domares immunitet. Så inte hos oss. Den svenska ordningen inrymmer straffrättsligt ansvar för uppgiften.

Gustav Vasa var ingen anhängare av oavsättlighetsprincipen precis. Han skrev i ett av sina brevsvar:

Att efter det vårt rike ... är ett gammalt kungarike, och kungarna ha haft den makt och våld här i riket till att avsätta och tillsätta häradshövdingar, lagmän, fogdar och andra ämbetsmän, eftersom dem haver tyckts, att rikets nödtorfter och lägenheter behöva kunde, därför tycks oss gott och rådligt vara, att man låter det bli vid det skick som gammalt och fornt varit har.

² Per-Erik Brolin, *Hattar och mössor i borgarståndet 1760--1766*, 1953, s. 335 f. och 374.

Oavsättlighet och ämbetsansvar under ett rättsenligt förfarande för skiljande från tjänsten blev en privilegiefråga när rådsaristokratin stärkte sin ställning. I Gustav II Adolfs kungaförsäkran 1611 lovade kungen: "Vi vele icke heller någon ifrån sådane embeter degradera eller afsättie, med mindre än han för rätte ifrån sitt embete lagligen dömbd blifver."

Principerna bekräftades sedan i 1634 års regeringsform. Även om den mest ser ut som en ren och ganska detaljerad förvaltningsstadga så bär den också drag av en konstitution. Där finns bl.a. bestämmelser om riksstyrelsens former. Även den regionala statsförvaltningen regleras här. Hela denna organisation för rättskipning och förvaltning -- och någon grundläggande skillnad mellan domstolar och förvaltningsmyndigheter görs knappast i Sverige förrän i senmodern tid – fordrade en ordning med ämbetsmän som skulle redovisa för sin förvaltning, som skulle kunna kontrolleras och ställas till ansvar. De höga riksämbetsmännen hade ytterst kontrollansvaret och stod i sin tur i sista hand ansvariga inför en riksrett.

Bestämmelserna om hovrätterna och förvaltningen lever sedan med en del justeringar kvar. Intressant att notera är att den ännu i dag gällande principen om att tjänster skall tillsättas efter förtjänst och skicklighet förs in i § 34 i 1719 års regeringsform.

Oavsättligheten måste ses som en del av privilegiesystemet. Den hade därmed också en rent privaträttslig dimension. Ett ämbete uppfattades som privat egendom. I 1772 års regeringsform föreskrevs att kungen äger "ingen fördärva till liv och ära, lem och välfärd". Begreppet välfärd (som vi ju på sätt och vis mötte redan i Upplandslagen) anses här inbegripa oavsättligheten.³

En domstolsmakt under kritik

Under frihetstiden skedde ju en stor lagreform. 1734 års lag är ett betydande lagverk. Några avgörande förändringar rörande domstolarnas ställning innebar detta dock inte. Med frihetstiden följde, som nämnts, också maktmissbruk och principlöshet kring rättskipningen i form av kommissioners och ständernas ingripande. Men samtidigt väcktes en livlig samhällsdebatt med reformprogram. Nationalekonomen Anders Nordencrantz inspirerades av en vistelse i ungdomsåren i England till att formulera en häftig kritik mot byråkratin och domarna. Han krävde övergång till ett system med folkvalda domare för kortare tid och vände sig alltså mot oavsättligheten. För Nordencrantz var det viktigt att bygga upp en skiljande mur mellan de lagstiftande och dömande funktionerna. Det gällde att hålla ämbetsmän och domare utanför ständerna.

³ Torbjörn Nilsson, "Staten och den oavsättlige ämbetsmannen - ett komplicerat förhållande", *Statsvetenskaplig Tidskrift*, 1999, s. 115.

Intressant att notera är att Nordencrantz i sina skrifter argumenterade med rikliga hänvisningar till engelska och franska samhällstänkare. Hans arbeten innehåller hänvisningar till bl.a. Montesquieus *De l'esprit des lois*. Det arbetet utgavs 1748 och Nordencrantz' Montesquieucitat återfinns åtta år senare. Nordencrantz står för en intressant tidig svensk maktdelningsargumentation. Hans rätt lösliga och mångordiga ideer om en domstolsreform kan ses som ett kuriosum men faktum är att han öppnade för den diskussion i frågan om övergång till ett jurysystem i de svenska domstolarna som sedan pågick ända till 1800-talets slut.⁴

En friare samhällsdebatt inte minst efter tillkomsten av 1766 års tryckfrihetsförordning, antibyråkratiska strävanden och missnöje med ämbetsmannavälde var en del av bakgrunden till Gustav III:s statsvälvning och tillkomsten av 1772 års regeringsform. Maktdelningen mellan kung och ständer återinfördes. Med förbudet mot extraordinarie domstolar och bibehållandet av oavsättligheten stärks domstolarnas ställning. Kungen deltog i utövningen av den högsta dömande makten i Justitierevisionen med begränsningen att han ägde två röster och utslagsröst.

Gustav III:s lyhördhet för och förmåga att hantera opinioner är ju omtalad, t.ex. i fråga om hanteringen av tryckfrihetsfrågan. Intressant är att samtidigt som han stärkte den dömande makten insåg han behovet av att också hantera kritiken mot ämbetsmän och domare. Domstolarnas legitimitet måste återuppbyggas. Det skulle göras av rikets högste domare, kungen själv, som, nu ingrep med en räfst mot bl.a. Göta hovrätt.

I Dagligt Allehanda publicerades 1773 ett privat brev två domare emellan där den ene erbjöds 100 plåtar om han tillfredsställande avgjorde ett mål som länge legat oavgjort i hovrätten. Ett missnöje som redan fanns mot domstolen blommade nu ut. Justitiekanslern fick uppdraget att inleda en undersökning. Kungen kom på sin eriksgata till Jönköping, inträdde i hovrätten, satte sig i presidentstolen och höll ett tal där han kritiserade hovrätten för "mindre laggränhet" och en "mindre skyndsamt rättvisa".

En tidsödande utredning inleddes. Få vågade stå fast vid sina klagomål och man fick gå över till en besvärlig granskning av bristfälligt förda protokoll. Utredningen ledde till dom i Justitierevisionen. Anklagelseskraften tog sex dagar att läsa upp. Resultatet blev att fyra hovrättsdomare avsattes. Kungens framgång med räfsten var dock begränsad men han lär ha varit pådrivande vid det stränga avgörandet. Kungen kom sedan att utveckla ett visst misstroende mot Justitierevisionen och dess ledamöter.

⁴ Om Nordencrantz, se bl.a. Fredrik Lagerroth, *Frihetstiden författning, En studie i den svenska konstitutionalismens historia*, 1915, s. 508 ff. Nordencrantz utvecklar sina tankar i bl.a. *Anmärkning wid åtskillige utkomne skrifter, angående rättegångers förminskning och förkortande*, 1756.

Genom förenings- och säkerhetsakten 1789 försvagades adelns privilegier och rådet avskaffades. En konsekvens blev att Justitierevisionen omvandlades till en högsta domstol. Här stod alltså politik och inte juridik i centrum. Domstolen skulle bestå av hälften frälse och hälften ofrälse män samt kungen med två röster jämte utslagsröst. Domstolen och domarnas ställning reglerades inte närmare i akten.

Oavsättligheten för domare i allmänhet rubbades alltså inte år 1789 men det kom att bli ett viktigt undantag. Medan ledamöterna i Justitierevisionen hade varit oavsättliga, blev ledamöterna i Högsta domstolen, justitieråden, i stället tillförordnade endast på viss tid. Ingen instruktion utfärdades för domstolen. Vidare fördes tillsynen över domare, som Justitierevisionen hade haft, över till kungen. Att Högsta domstolen nu fick ofrälse ledamöter kom också på sätt och vis att försvaga domstolens anseende. Justitieråden fick inte samma rang som riksråden. De var inte att räkna till de höga ämbetsmännen.

Det är alltså på sätt och vis en paradox att när Högsta domstolen inrättades 1789 så var det inte något självständigt statsorgan som kom till. Inspirationen hade inte hämtats från Montesquieu eller den amerikanska konstitutionen. I stället var det kungens strävanden efter envælde som var bakgrunden. Domstolens inrättande innebar ett försvagande av den dömande maktens självständighet.

Domstolarnas oavhängighet befästs i 1809 års regeringsform

I broschyrlitteraturen i författningsfrågorna inför 1809 spelade domstolarna - som ofta annars i svensk konstitutionell debatt - en undanskymd roll. Nordencrantz's ide om valda fredsdomare dök dock upp på nytt i ett författningsprojekt från 1791. Där markerades att den dömande makten inte borde vara underkastad vare sig nationalförsamlingens eller kungens revision och ändring.⁵ Men annars var det tryckfriheten och den allmänna opinionens roll i ett nytt statskick som stod i centrum.⁶

Vi erinrar oss konstitutionsutskottets pregnanta formuleringar om domarmakten. I förarbetena finns inte så mycket mer. Möjligen kan ett citat ändå hämtas från A. G. Silverstolpes broschyr från 1809 "Hvad synes allmänna opinionen önska till en, nu

⁵ 3 § i Anders Nordells "Project till Regierings-Form för en Fri-Republicque" 1791, avtryckt i Rolf Karlbom, *Bakgrunden till 1809 års regeringsform, Studier i svensk opinionsbildning 1790-1809*, 1964, s. 320.

⁶ T.ex. Benjamin Höijers "Project till en fri statsförfattning", se Olof Hägerstrand, *"Juntan" som realitet och hörsägen, Makt och opinionen kring Uppsala universitet under 1790-talet*, 1995, s. 74 ff. och 85. Se även allmänt i Olof Dixelius, *Den unge Järta, en studie över en litterär politiker*, 1953.

möjlig, förbättring af svenska statsförfattningen".⁷ Han talar där om behovet av full fasthet och helgd för Domare-makten till den individuella säkerhetens hägn eller om:

En Domare-makt, bestående av tjenstemän, tillsatte av Konungen, men ej amovibla af honom; förbunden att upptaga allt hvad Konungen till dess pröfning gör efter lag anhängigt, men i sin utöfning alldeles oberoende av honom, dock att domsluten i högsta instantien i Konungens namn utfärdas.

Mycket mer är inte att hämta i frågan om utformningen av den dömande makten i 1809 års regeringsform. Utgångspunkten är dualismen mellan kung och riksdag.

Man kan ändå säga att principen om oavhängiga domstolar, inrättade enligt konstitutionen och självständiga i arbetet med att pröva de enskilda målen och att därvid rätta sig endast efter lag genom 1809 års regeringsform lades fast starkare än tidigare. Oavsättilighetsprincipen gällde nu också justitieråden. Jämfört med den norska grundloven från 1814 är dock den svenska konceptionen av principen om en oavhängig dömande makt mindre pregnant och så är det än i dag. I rättvisans namn skall dock tilläggas att 11 kap. 2 § RF innehåller en bestämmelse som tydligt uttrycker oavhängighetens kärna: "Ingen myndighet, ej heller riksdagen, får bestämma hur domstol skall döma i det enskilda fallet eller hur domstol i övrigt skall tillämpa rättsregel i särskilt fall." Men faktum är att den svenska utformningen av den oavhängiga dömande makten länge kom att behålla en del särdrag.

Ett sådant är kungens rösträtt i Högsta domstolen.

Kungen var skyldig att utöva sin rösträtt med de två rösterna och det även när ledamöterna redan hade röstat så att hans dubbelröst inte kunde inverka på resultatet. Sedan skulle kungen underteckna domen. Karl XIV Johan ogillade denna ordning. Om det berodde på hans inställning till sin kungliga makt eller på mer teoretiska konstitutionella argument får vara osagt. Men han drev personligen fram en proposition till 1823 års riksdag mot ett enhälligt statsråds avrådan om att kungens rösträtt skulle avskaffas och att expedieringsrutinerna skulle ändras. Propositionen avstyrktes av konstitutionsutskottet och föll i alla stånden.

1809 års grundlagsfäder fäste stort avseende vid tryckfriheten och den allmänna opinionen som kontrollmakt. Domare var oavsättliga och kunde skiljas från ämbetet endast genom domstols dom, § 36, eller i fråga om justitieråd genom dom i riksrätten efter åtal av JO eller JK, § 101. Men grundlagsfäderna ansåg inte att detta räckte i fråga om den högsta domsmakten.

⁷ *1809 års regeringsform, Några aktstycken belysande dess tillkomst*, 1940, s. 134.

I konstitutionsutskottets memorial anfördes att då den högsta domsmakten icke borde "uppresas som en oombytlig korporation till en stat inom staten" så var det nödvändigt "även att riksens ständer skulle kunna ifrån deras ämbeten till ett visst antal vid varje riksdag skilja dem, som genom ålder, sjuklighet eller andra sådana orsaker blev oförmögna att deras höga kall värdigt uppfylla eller icke längre bibehålla det allmänna förtroendet."

Här ligger motiveringen för det andra särdraget, den egendomliga figur som 1809 års författning inrymmer: Opinionsnämnden.

Opinionsnämnden kan enklast beskrivas som ett organ som skulle utöva ren ostracism. Tolv valda ledamöter från varje stånd skulle samma dag som de valdes utan varje diskussion och utan motivering genom en serie komplicerade omröstningar yttra sig över frågan om Högsta domstolens samtliga ledamöter gjort sig förtjänta att i deras viktiga kall bibehållas. Det justitieråd som nämndens kvalificerade majoritet saknade förtroende för skulle försättas i disponibilitet.

Opinionsnämnden måste ses mot bakgrund av den svaga ställning den högsta domsmakten hade haft under tiden närmast före 1809. Då infördes ju också en juridisk och politisk ansvarighet för statsråden och här ville man ha en parallell ordning för de högsta domarna.

Opinionsnämnden blev tidigt omstridd och kom aldrig att utesluta något justitieråd. Redan 1812 föreslogs i en proposition att den skulle avskaffas. Förslaget föll då liksom senare. I proposition 1823 med förslag om upphävande av nämnden anfördes, att grundlagstadgandet om nämnden stred mot en god organisation av domarmakten, att den "enskilda säkerheten huvudsakligen vilar på domarmaktens självständighet" och att ett godtyckligt skiljande av justitieråden från deras ämbeten alldeles tillintetgjorde deras oberoende.

Konstitutionsutskottet avstyrkte förslaget och menade att den högsta domarmakten inte borde ensam bli en okontrollerad och oförbätterlig del av lagskipningen. Mot domarmaktens missbruk fanns korrektiv i form av JO och riksätten. Lägre domare kunde kontrolleras i högsta instans. Mot avsteg från högsta duglighet, klaraste förstånd och renaste vilja hos den högsta instansens domare var nämnden ett korrektiv. Detta skulle anses åsyftat "i uttrycket av ett allmänt tänkesätt".

Förslaget blev livligt debatterat när det åter kom upp i 1828 års riksdag och det inte minst i prästeståndet. Där uppträdde Tegnér och Wallin som motståndare och Geijer och af Wingård som försvarare av nämnden med vältaliga debattinlägg.

Tegnér bemötte argumentet att nämnden var förenlig med huvudprincipen om en oavhängig domarmakt med att säga "Hagelskada är också i sig sielf ingenting annat än ett

undantag från den allmänna principen av sommarvärme --- men vi be emedlertid Gud bevara oss derifrån." Han menade att nämnden var en framletad leksak, en nybyggd ruin och en lotterikontroll.

Wallin ansåg att en sådan myndighet som opinionsnämnden, med omyndighet i tänkesättet grundat på egna aningar, främmande hörsagor, gammalt groll eller ett flygpapper för dagen det kunde han aldrig kalla för en allmän opinion. Även Wallin valde bilder från naturen och fortsatte: "Så går det med allt, som icke är grundat i sakens egen natur och nödvändigt ingriper i Systemet af den stora ordningen; det står isolerat, likt en i marken nedsatt rotlös qvist, som det icke hjälper att vattna; han vill ej rota sig och får inga löf; han kommer aldrig att, som träd, gifva skugga." Paragrafen om nämnden "hänger nu vid sin stam endast med tomma barken, drar must derifrån och ger ingenting igen; är dessutom ganska vanprydlig, såsom det torra och döda vanligtvis är."

Geijer stod för försvaret av nämnden med de pregnanta orden:

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

Opinionsnämnden fanns kvar ända till år 1975 och vår nuvarande regeringsforms ikraftträdande.

Ett skäl till att utvecklingen efter 1809 inrymde denna återhållsamhet med att framhålla domstolarnas konstitutionella ställning som en oavhängig statsmakt tror jag kan ha varit svagheter i det skick domstolsväsendet befann sig i vid denna tid. Erik Marks von Würtemberg beskrev förhållandena under 1800-talets första hälft så här:

Vad angår lagskipningen, synes den tidens domare helt visst i allmänhet hava gjort sitt bästa för att i varje särskilt fall döma efter billighet och materiell rättvisa. Men någon vägledande domstolspraxis har man svårt att framdraga från en tid då till en domares, särskilt en överdomares, förnämsta färdigheter hörde konsten att genom en intetsägande, ehuru ofta mångordig, motivering - med uppradande av heterogena domskäl, ofta sammanknutna genom favoritfrasen "så mycket mindre" - undvika att för framtiden "binda sig". Föga bättre ställt var det med den juridiska doktrinen i vårt land. Dess torftighet behöver ej närmare påvisas.⁸

⁸ E. Marks von Würtemberg, *Blick på den svenska lagstiftningen alltifrån adertonhundratalets början, Minnesskrift ägnad 1734 års lag, I*, 1934.

De praktiska förändringsbehoven var alltså mycket stora. Det gällde både straff- och tvistemålsprocessen men också domstolsorganisationen. Dessa frågor var föremål för behandling under hela 1800-talet och engagerade många. Frågan om fri bevisprövning var särskilt viktig. Opinionsen var splittrad i frågan om en övergång skulle ske till juryrättegång. Först genom 1948 års rättegångsbalk kan det arbetet sägas ha slutförts. De konstitutionella frågorna kring domstolarna kom under hela detta förlopp i bakgrunden.

Att argumentera i makt-delningstermer var heller inte förenligt med den i Sverige då rådande ideologin som den uttrycktes i Christopher Jacob Boströms föreläsningar, *Grundlineer till filosofiska statsläran*: "Statsmakten är enligt själva sitt begrepp nödvändigt absolut En och odelbar, emedan delbarhet är en bestämning som icke gäller om annat än det sinnliga." Sedan delade Boström upp statsmaktens utövning på olika förvaltningsgrenar. Monarkens organ var de offentliga funktionärerna eller ämbets- och tjänstemän. Någon egentlig skillnad med ämbetsmän och domare gjordes inte här.⁹

Att den skillnaden inte görs är ett karakteristiskt drag för den svenska författningsutvecklingen. Hur gränsen skall dras mellan området för å ena sidan rättskipningen och å andra sidan förvaltningens beslutskompetens var en fråga som stod under utredning under hela 1800-talet. Regeringsrättens inrättande 1909 var ett viktigt steg på vägen när det gäller att urskilja det område där förvaltningsbesluten slutligt skall prövas i domstol. Men när Författningsutredningen föreslog att regeringsformen skulle innehålla ett särskilt kapitel om domstolarna och ett om förvaltningen stupade detta på att det här ansågs föreliggande svåröverkomliga gränsdragningsfrågor. 1974 års regeringsform kom därför att behandla domstolarna och förvaltningen i ett och samma kapitel 11. Numera, inte minst efter flera avgöranden mot Sverige i Europadomstolen i Strasbourg, genom tillkomsten av rättsprövningslagen och Sveriges anslutning till Europeiska unionen kan frågan sägas ha kommit i ett nytt läge. Så har också Grundlagsutredningen fått i direktiv att överväga ett särskilt kapitel i regeringsformen för domstolarna.¹⁰

Mot slutet av 1800-talet under ämbetsmannastatens höghetstid kan man dock skönja en förändring i synen på domstolarna där deras samhällsroll tydliggörs och argumenten för en starkare statsrättslig ställning för domstolarna byggs under. Som en belysning av utvecklingen av en stärkt svensk domarkultur har pekats på året 1872. Då höll den tyske rättsvetenskapsmannen Rudolf von Jhering sitt berömda föredrag "Kampf ums Recht", det första nordiska juristmötet ägde rum och den nya lagberedningen tillsattes. Denna

⁹ *Grundlineer till filosofiska statsläran* (efter prof. Boströms föreläsningar), Allmännare delen, 1859, s. 16 och 27.

¹⁰ Kommittédirektiv *En samlad översyn av regeringsformen*, Dir. 2004:96.

beredning kom att år 1884 framlägga ett 1 200 sidor omfattande förslag angående rättegångsväsendets ombildning med en 600-700 sidors bilagedel.¹¹

Inom den statsrättsliga forskningen kom också domstolarnas konstitutionella ställning upp till behandling. Hugo Blomberg, professor i statsrätt och senare även konstitutionsutskottets ordförande, speciminerade 1880 på avhandlingen Om Sveriges högsta domstols statsrättsliga ställning och 1896 kom hans uppsats i Tidskrift for retsvidenskap "Om de konstitutionella garantierna för domstolarnas oavhängighet och självständighet". Hans behandling av ämnet har sedan inte behövt kompletteras särskilt mycket av andra. Intressant att notera är att ett problemområde som han identifierade och som sedan kommit att tilldra sig allt större uppmärksamhet är frågan om domstolarnas lagprövningsrätt.

Domstolarnas lagprövningsrätt

Har domstolarna rätt att i ett enskilt fall pröva en lags eller förordnings giltighet? Få frågor rörande domstolarnas verksamhet har väckt så mycket forskning och politisk debatt som frågan om lagprövningsrätten. Judicial review är den engelskspråkiga termen. Saken är naturligtvis av stor betydelse när det gäller att lägga fast omfånget för domstolarnas makt.

En startpunkt är att nämna Chief Justice John Marshalls namn och den amerikanska högsta domstolens avgörande 1803, Madison ./. Marbury. Där proklamerades domstolens rätt att ogiltigförklara en av kongressen antagen lag som stridande mot konstitutionen. En paradoxal aspekt på detta fall är att i sak betydde utgången att domstolen ansåg sig förhindrad att utöva makt i ett visst avseende. Lagprövningen medförde alltså i detta första fall i sig inte någon expansion för den dömande makten. Men principen hade lagts fast.

Tanken om lagprövning tas tidigt upp i Norge, som är först i Europa på detta område. Redan på 1820-talet kommer frågan upp där och på 1860-talet etablerades principen att grundlagen är en del av den positiva rätten som de norska domstolarna skall använda i sin rättstillämpning.¹²

Också i Sverige väcks frågan rätt tidigt. Justitieombudsmannen Theorell drev tanken om en lagprövningsrätt. I JO:s ämbetsberättelse för 1849 uttalade han att domarens

¹¹ Kjell A. Modéer, *Den svenska domarkulturen -- europeiska och nationella förebilder; 1993 års domarutrednings betänkande* (SOU 1994:99) Del B s. 155.

¹² *Norges Høyesterett*, red. Stephan Tscudi-Madsen, 1998, s. 25.

lagprövningsrätt är den första beståndsdel av det oberoende som hör till domarmaktens väsende.¹³ Theorell förenade dock denna argumentation med häftiga angrepp på Högsta domstolen och hade inte framgång. Saken förblev omdiskuterad i doktrinen.

Ett erkännande av en mer långtgående lagprövningsrätt som omfattar även innehållet i allmän lag i förhållande till grundlag kommer dock i den Tingstenska fri- och rättighetsutredningen från 1941, där saken utreddes närmare av Jörgen Westerståhl i en bilaga, och i Författningsutredningen slogs 1963 fast att domstolarna ansåg sig behöriga att pröva en lags grundlagsenlighet. Av praxis framgick enligt utredningen att man kunde tala om en rättsutveckling och en förskjutning i domstolarnas syn. Utredningen ansåg sig kunna anta att synen på tillämpningsområdet var restriktiv.¹⁴ Något förslag till grundlagsreglering av frågan lades dock inte fram och i 1974 års regeringsform var saken oreglerad. Bäst hade nog också varit om det förblivit så. Men samtidigt med utbyggnaden av fri- och rättighetskapitlet i regeringsformen 1980 infördes bestämmelsen i 11 kap. 14 § RF om lagprövning med det begränsande och omdiskuterade uppenbarhetsrequisitet. Därefter har följt Sveriges anslutning till Europeiska unionen och upptagandet av den europeiska människorättskonventionen som svensk lag. Uppenbarhetsrequisitets betydelse har härigenom minskat. Sedan 1990-talet har en ökad domstolsmakt blivit tydliggjord genom ett antal rättsfall. Man talar om en judikalisering eller ett förrättsligande av samhällsfrågorna. Frågan om normkontroll – där lagprövningsparagrafen är en del – ligger nu under Grundlagsutredningens behandling.

Särskilt om tillsyn

Förvaltningen och domstolarna skulle kontrolleras och stå under tillsyn. Inte minst för det karolinska enväldet var detta en central fråga om effektivitet. Karl XII sökte reformera regeringens kansli och inrättade bl.a. Justitiekanslern som tillsynsorgan 1714 (titeln tillkommer 1719). Under frihetstiden blev sedan JK följdriktigt ett riksdagens tillsynsorgan. Man kan säga att det var redan här som idén om en parlamentarisk ombudsman föddes. När 1809 års grundlagsfäder skulle åstadkomma maktfördelning så fick riksdagen sitt kontrollorgan i JO och kungen/regeringen hade kvar JK. Så har det förblivit.

Ordningen att tillsynsmän som står utanför det egentliga domstolsväsendet utövar tillsyn över domstolar och domare är ovanlig i andra länder. I Danmark har Folketingets Ombudsmand inte tillsyn över domstolarna. Så JO-ämbetet fördes inte ut över världen i svensk utan snarare i dansk tappning. Principiellt anses allmänt att den svenska lösningen i fråga om tillsyn och kontroll över domare är oförenlig med en renlärig maktdelnings-

¹³ *Justitieombudsmannens berättelse*, 1849, s. 21 och 1851, s. 8.

¹⁴ *Sveriges statsskick*, Del 2. *Motiv* (SOU 1963:17), s. 155.

princip. Skall man få ekvationen att gå ihop får man hävda att JO och JK ingår i "the Swedish Judiciary" och det går väl till nöds att göra. Vi skall här inte uppehålla oss närmare vid regleringen av hur domare skiljs från sin befattning genom avskedande eller den disciplinära ordningen. Jag vill nöja mig med att peka på en svaghet i den i dag tillämpade ordningen. En domare som avskedas på grund av brott eller upprepat åsidosättande av tjänsteåliggande kan visserligen föra saken under domstolsprövning. Men inte till Högsta domstolen utan till Arbetsdomstolen. Där sker den slutliga prövningen i en domstol med intresseledamöter från arbetsmarknaden under ledning av en juristdomare som inte har fullmakt på sin tjänst utan ett tidsbegränsat förordnande!

Domstolsoffentligheten, tryckfrihet och offentlighetsprincipen

Vid sidan av JO har Sverige ett annat viktigt konstitutionellt särdrag. Det är den tidiga, ja fördemokratiska, fasta och utförliga grundlagsregleringen av tryckfriheten och den anknyttande offentlighetsprincipen.

Principen om domstolsoffentlighet är urgammal. Tryckfriheten och offentlighetsprincipen grundlagsfästes båda 1766. Jag skall inte behandla detta tema närmare här. Det räcker med att slå fast att möjligheten till insyn och offentlig debatt inte minst i fråga om rättegångar och domstolarnas verksamhet länge har varit ovanligt stor just i Sverige. Detta är naturligtvis betydelsefullt.

Ansvarighet och legitimitet

Domstolsmakt kan nämligen lika litet som annan konstitutionell makt stå över diskussion. Geijer skrev 1838 i *Litteratur-Bladet*:

Grundsatsen för allt konstitutionellt regemente, för allt civilt framåtskridande, för all lagbunden både styrelse och frihet. Det är: lydnad för gällande lag, men öppen rätt att fordra en bättre och en fri diskussion om medlen därtill.

En oavhängig domarmakt måste utövas under ansvarighet. I dagens internationella debatt om domstolarnas konstitutionella ställning pekas på att mot "the independence of the judiciary" måste ställas principen om "the accountability of the judiciary".¹⁵ Makt måste mötas med balanserade motkrafter: en diskussion grundad i allmänna tänkesätt, offentlighet, kontroll och ansvarighet. Domstolarna måste förtjäna sin oavhängiga ställning. För att kunna göra det måste de ytterst mötas med medborgarnas förtroende. Det handlar till sist om legitimiteten för domstolarna som ett värn för konstitutionen och

¹⁵ *Independence, Accountability and the judiciary*, red. Guy Canivet, Mads Andenas & Duncan Fairgrieve, The British Institute of International and Comparative Law, 2006.

de medborgerliga fri- och rättigheterna eller den dyrbara principen om den demokratiska rättsstaten.

(Föredrag den 6 mars 2007)

LITTERATUR

Förutom till visst offentligt tryck, grundlagskommentarer och vissa i texten nämnda arbeten kan hänvisas till

Kenneth Awebro, *Gustaf III:s räfst med ämbetsmännen 1772 – 1779 – aktionerna mot landshövdingarna och Göta hovrätt*, 1977.

Eyvind Bratt, "Opinionsnämndens uppkomst och utveckling" i *Studier över den svenska riksdagens kontrollmakt*, 1930.

Axel Brusewitz, "Opinionsnämnden" i *Sveriges riksdag, Historisk och statsvetenskaplig framställning*, Senare avd., 15 bd, 1938.

Sveriges konstitutionella urkunder, 1999.

Birger Wedberg, *Konungens högsta domstol 1789 – 1809*, 1922.