

---

**JOHAN HIRSCHFELDT**

**Domstolarna som statsmakt – några  
utvecklingslinjer**

**2011-12 NR 1**



**SÄRTRYCK UR JURIDISK TIDSKRIFT**

---



# Domstolarna som statsmakt – några utvecklingslinjer

JOHAN HIRSCHFELDT\*

## 1. En berättelse<sup>1</sup>

Domstolar har makt. Maktutövningen sköts av domare i deras ämbeten som offentliga tjänstemän. Det perspektiv på de svenska domstolarnas utveckling och domarnas rättsliga roll och ställning som här valts är främst konstitutionellt. Därför används begreppet ”statsmakt”, som ju hör till statsrätten. Tänker man på Montesquieus berömda tredelning av makten och det faktum att Högsta domstolen i Sverige inrättades 1789 kan man kanske tro att grunden till dagens ordning ska sökas just i upplysningstidens tankevärld. Men det är inte så. Den svenska högsta dömande makten hade i stället en påtagligt svag ställning just under åren efter 1789. Vi behöver i stället söka grunddragen både före och efter den tiden. Min framställning blir dock snarare tematisk än kronologisk.

Jag vill alltså belysa ämnet i ett långt tidsperspektiv och har för den föreläsning som denna artikel bygger på valt en numera även i akademiska sammanhang rätt vanlig framställningsform: berättelsen.

Med de långa tidslinjerna tror jag att det går att vinna ny förståelse om såväl tradition och kontinuitet som förändring och reformarbete kring domstolarna som statsmakt. Ett perspektiv av detta slag har sitt intresse inte som belysning till 2010 års ändringar av regeringsformen.

\* F.d. hovrättspresident i Svea hovrätt.

<sup>1</sup> Artikeln bygger i huvudsak på min JT-föreläsning i Juristernas hus, Frescati, Stockholm den 20 oktober 2010. Framställningsformens karaktär av ”berättelse” har i mycket behållits. Det betyder att den kan framstå som väl rapsodisk. För den som vill gå vidare hänvisas till framställningar i svensk statsförfattningsrätt. Jag vill också här nämna arbeten som Jacob W.F. Sundberg, fr. Eddan t. Ekelöf, 1978 och Kjell Å. Modeer, Den svenska domarkulturen – europeiska och nationella förebilder i Domaren i Sverige inför framtiden, SOU1994:99, del B, s. 149.

## 2. Varför kallas domstolarna i Sverige inte för ”den tredje statsmakten”?

I konstitutionsutskottet berömda och välformulerade memorial 1809 nr 1 som kan sägas utgöra de egentliga förarbetena till 1809 års regeringsform tonar domstolarna i korrekt Montesquieusk anda fram som en tredje statsmakt:

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 föreslaget.

”En Domare-Magt, självständig under Lagarna, men ej självhärskande över dem”. Bättre har väl aldrig skrivits om domstolar i Sverige. Men sedan blev det hos oss i stället pressen eller ”medierna” som fick beteckningen den tredje statsmakten. Varför?

I 1809 års regeringsform kom nämligen inte någon egentlig tydlig tredelning av makten till uttryck. I stället levde dualismen kungen – riksdagen kvar. Domstolarna balanserades mellan de båda. Kungen i statsrådet utnämnde domare och svarade för den yttre administrationen av domstolarna, medan riksdagen kontrollerade också den dömande makten. Det gjorde riksdagen med flera organ: direkt med JO och opinionsnämnden och indirekt, såvitt gäller den verkställande maktens åtgärder med domstolarna, genom konstitutionsutskottet.

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 med Aftonbladet i spetsen för den samhällskritiska debatten. Det blev pressen som hos oss då döptes till den tredje statsmakten. Uttrycket lär ha myntats av Erik Gustaf Geijer 1838: ”I den nyare (konstitutionen) har ... denna (fria) diskussion fått en ny, tredje mäktig organ – pressen”. I samtidens press sägs sedan med hänvisning till Geijer att den periodiska pressen är tredje statsmakten.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Det hänvisas till Svenska Akademiens Ordbok, del 30, SPÅR till STOCKNA, uppslagsordet stat med underordet statsmakt.

### 3. Lagbundenhetens princip – en fråga också om välfärd i en folkstyrelse

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

”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 vår regeringsforms portalstadganden! Det var ett påpekande under remissbehandlingen inför 1974 års regeringsform av 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 lagbundenhetens princip eller med JO:s av departementschefen gillade ord: ”att vid sidan av den fria åsiktsbildningen och den allmänna rösträtten bör som särskilt utmärkande för den svenska folkstyrelsen nämnas att den underkastar sig lagens band.”<sup>3</sup>

### 4. En frihetlig folklig rättskultur i kontakt med domstolarna

Till en rättskultur hör inte bara materiella rättsregler utan också samhälleliga beslutsregler och procedurer.

Det gäller inte minst förhållandena i det gamla nordiska lokalsamhället. Det handlar då inte bara om tingsmenigheten och nämnden i den gamla domstolsprocessen och rättsvården i övrigt (synemän etc.) utan också om lokala styresformer i det svenska bondesamhället. Redan Nils Herlitz men också moderna historiker har betonat böndernas participation eller medbestämmande i ett tidigtmodernt samhälle. Här finns ett tidigt etablerat och länge verkande drag av öppenhet. Bönderna deltog aktivt i samhällslivet.<sup>4</sup> Detta är viktigt för förståelsen

<sup>3</sup> Prop. 1973:90 s. 228.

<sup>4</sup> Se t.ex. historikern, professor Peter Aronssons arbeten.

av det svenska samhällsbygget. Det finns också anledning att ha detta i minnet för dem som idag mera kritiskt värderar nämndemannasystemet.

## 5. Ett svenskt koncept: en samlad syn på domstolar och förvaltning

Det folkliga inslaget i beslutsordningarna lever kvar men kom att påverkas och försvagas när det tillkommer en ny struktur för domstolar och förvaltning under 1600-talet med företeelser som 1634 års regeringsform med dess organisation av statsförvaltningen samt det samtidigt införda hovrättssystemet, kollegialt beslutsfattande, tjänstemännens oavsärtlighet under tjänsteansvar, kontroll och revision. Också förvaltningen ska utövas lagbundet och rättsenligt. I Sverige kom man sedan inte att göra så stor skillnad mellan rättskipning och förvaltningsverksamhet. Jag återkommer till detta typiska drag under avsnitt 12.

## 6. Rättighetsskyddet

Rättighetsskyddet förutsätter oavhängiga domstolar. Ju mer välutvecklat rättighetsskyddet är desto viktigare blir domstolarnas samhällsroll. Det faller dock utanför ramen att här närmare behandla de svenska domstolarnas roll i fråga om skyddet av de mänskliga fri- och rättigheterna. Bara några få drag av rättighetsskyddets utveckling kan tecknas.<sup>5</sup>

Här finner vi grunden, inte i amerikanska eller franska rättighetsförklaringar, utan redan i den medeltida 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 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.

<sup>5</sup> Se vidare t.ex. Gustaf Petré, *Vägen till en svensk rättighetskatalog*, Minnesskrift till Sundberg, 1978.

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

Det finns här särskild anledning att framhäva just tryckfriheten och offentlighetsprincipen som centrala inslag i den svenska konstitutionella rättsordningen med sin grund i fördemokratiska och upplysningstida tänkesätt och 1766 års tryckfrihetsförordning som världens äldsta grundlagsreglering av frågan. Härigenom kompletterades den urgamla principen om domstolsoffentlighet. Vår rättighetsdoktrin kan sägas ha mycket av sin utgångspunkt i dessa idéer om öppenhet och insyn i offentlig verksamhet. Makten ska kunna synas och diskuteras fritt.<sup>6</sup>

I den s.k. Tingstenska utredningen om medborgerliga fri- och rättigheter med sitt betänkande (SOU 1941:20) 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 uppmärksammats, 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 ämnet dock ha fallit i glömska, det 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 sedan 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 § RF skulle lyda:

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

<sup>6</sup> Se t.ex. Johan Hirschfeldt, *Den återerövrade tryckfriheten 1809, i Maktbalans och kontrollmakt*, 2009.

I propositionsarbetet gav man dock upp försöken att i 1974 års regeringsform bibehålla dessa delar av texten från § 16. Det fortsatta arbetet med att i 2 kap. RF stadga grundläggande fri- och rättigheter, liksom inkorporeringen av Europakonventionen, behandlas inte närmare här.

Att de svenska domstolarna i det begynnande 2000-talet fått en allt viktigare roll i skyddet av de grundläggande fri- och rättigheterna är dock uppenbart.

## 7. 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 samma princip till uttryck som en reaktion mot en annan enväldig statsmakt: frihetstidens och rikens maktägande ständer som använde egna extraordinära dömande kommissioner för att ersätta prövning i domstol. I slutet av frihetstiden förekom dock från de yngre mössorna krav på avskaffande av sådana extraordinära domstolar. Efter statsvälningen 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 bli dömd av den domstol under vilken han enligt Sveriges lag hör.

Denna centrala rättsstatliga förbudsregel mot extraordinära domstolar fördes sedan under 1800-talet in i flera europeiska konstitutioner. I Sverige kommer den idag till uttryck i 2 kap. 11 § första stycket RF:

Domstol får inte inrättas för redan begången gärning och inte heller för en viss tvist eller i övrigt för ett visst mål.

## 8. Domares rättsställning

En viktig beståndsdel för att forma begreppet en oavhängig dömande makt gäller domarens rättsliga ställning eller tryggheten i ämbetet och ämbetsansvaret.

Gustav Vasa var ingen anhängare av oavsättlighetsprincipen precis. Att avsätta var den drastiska metoden att utkräva ansvar. Han skrev i ett av sina brev-svar:

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 härads hövdingar, lagmän, fogdar och andra ämbetsmän, eftersom dem haver tyckts, att rikets nöd torfter 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.



Men oavsättlighet och ämbetsansvar under ett rättsenligt förfarande för skiljande från tjänsten blev snart 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.

Dessa principer 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 rättsskipning och förvaltning – och någon grundläggande skillnad mellan domstolar och förvaltningsmyndigheter görs ju knappast i Sverige förrän i senmodern tid – fordrade en ordning med ämbetsmän som skulle redovisa för sin förvaltning, kunna kontrolleras och ställas till ansvar. De höga riksämbetsmännen hade ytterst kontrollansvaret och stod i sin tur i sista hand ansvariga inför en riks rätt.

Bestämmelserna om tjänsteansvar, hovrätterna och förvaltningen lever sedan om än med stora justeringar kvar. Intressant att notera är att den ännu i dag gällande principen om att tjänster skall tillsättas efter förtjänst och skicklighet fördes in redan i § 34 i 1719 års regeringsform.

Oavsättligheten måste dock här 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 förärva till liv och ära, lem och välfärd”. Begreppet välfärd (som vi ju på sätt och vis mötte redan i Upplandslagen) anses här inbegripa oavsättligheten.<sup>7</sup>

Förvaltningen och domstolarna ska 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 1713 (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. Båda har tillsyn även över domstolarna. Så har det förblivit. Principiellt anses allmänt att den svenska lösningen i fråga om tillsyn och kontroll över domare är oförenlig med en renlärig maktodelningsprincip. Skall man få ekvationen att gå ihop med den principen får man hävda att JO och JK ingår i ”the Swedish Judiciary” och det går väl till nöds att göra. I samband med 2010 års ändringar av regeringsformen diskuterades frågan om denna tillsyn av några remissinstanser men endast en smärre ändring gjordes. JO:s och

<sup>7</sup> Torbjörn Nilsson, Staten och den oavsättlige ämbetsmannen – ett komplicerat förhållande, Statsvetenskaplig Tidskrift, 1999, s. 115.

JK:s närvarorätt vid domstolars och förvaltningsmyndigheters överläggningar slopades. Regeringen uttalade dock i propositionen följande:<sup>8</sup>

Regeringen har förståelse för uppfattningen att gällande ordning för tillsynen över domstolarna i viss mån kan ifrågasättas från principiella utgångspunkter. Denna ordning har emellertid fungerat väl och enligt regeringens mening saknas det för närvarande skäl att överväga några mer övergripande förändringar av JO:s och JK:s tillsynsroll i förhållande till domstolarna.

Min bedömning är att JO:s tillsyn av domstolarna bör försvaras som ett positivt inslag i den svenska konstitutionella ordningen. JK:s tillsynsroll beträffande domstolarna vill jag däremot för framtiden ifrågasätta.

## 9. 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 principiöshet 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.

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 redan åtta år senare. Nordencrantz står för en intressant tidig svensk maktodelningsargumentation. Hans rätt lösliga och mångordiga idéer om en domstolsreform kan ses som ett kuriosum men faktum är att han öppnade för den diskussion i frågan om övergång till ett juryssystem i de svenska domstolarna som sedan pågick ända till 1800-talets slut.

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. Maktodelningen mellan kung och ständer återinfördes. Med förbudet mot extraordinarie domstolar och bibehållandet av oavsättligheten stärktes domstolarnas ställning. Kungen deltog i utövningen av den högsta dö-

<sup>8</sup> Prop. 2009/10:80 s. 129.

mande 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.<sup>9</sup>

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 laggrannhet” 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. Anklagelseskriften tog sex dagar att läsa upp. Resultatet blev att fyra hovrättsdomare avsattes. Kungens framgång med räfststen 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.

Genom förenings- och säkerhetsakten 1789 försvagades adelns privilegier och rådet avskaffades. En konsekvens blev att Justitierevisionen omvandlades till en högsta domstol. När Högsta domstolen tillskapades stod alltså politik i centrum och knappast juridik. 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 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 också ofrälse ledamöter kom även på sätt och vis att försvaga domstolens anseende. Justitieråden fick inte samma rang som riksråden.

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

<sup>9</sup> Kenneth Awebro, Gustaf III:s räfst med ämbetsmännen 1772–1779 – aktionerna mot landshövdingarna och Göta hovrätt, 1977.

inrättande innebar egentligen till att börja med ett försvagande av den dömande maktens självständighet.

## 10. 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. Norden-crantz' idé om valda fredsdömare 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. Men annars var det tryckfriheten och den allmänna opinionens roll i ett nytt statsskick som stod i centrum.

Vi erinrar oss konstitutionsutskottets pregnanta formuleringar om domare-makten. 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 möjlig, förbättring af svenska statsförfattningen”. Han, som var grundlagsfader nästan lika mycket som Hans Järta, talar där om behovet av full fasthet och helgd för Domare-makten till den individuella säkerhetens hägn:

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 där, som sagts, 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 blev starkare än tidigare.

Oavsätlighetsprincipen gällde nu också justitieråden. Jämfört med den norska grundloven från 1814 var dock den svenska konceptionen av principen om en oavhängig dömande makt mindre pregnant.

## 11. Två särdrag i 1809 års RF

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. Först 1909 avskaffades kungens rösträtt i Högsta domstolen.

Det andra är opinionsnämnden.

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, RF § 36, eller i fråga om justitieråd genom dom i riksätten efter åtal av JO eller JK, RF § 101. Men grundlagsfäderna ansåg inte att detta räckte i fråga om den högsta domsmakten.

I konstitutionsutskottets memorial nr 1 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 den egendomliga figur som opinionsnämnden utgjorde.

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 lagskip-

ningen. 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 opinionsnämnden ett korrektiv. Nämnden skulle ”i uttrycket av ett allmänt tänkesätt” representera en allmän opinion.

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 som försvarare av nämnden med värtaliga debattinlägg som jag inte vill bespara läsaren.

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 opinionsnämnden 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.

Jag menar att vi med Geijers uttalande får en sorts nyckel till förståelsen av förekomsten av en rätt kritisk syn på domstolarna i svensk politik och opinion. Här finns kanske någon sorts anknytning till 1970-talets grundlags- och rättegångsreformer samt diskussionen om lagprövning och uppenbarhetsrekvisit?

## 12. Domstolar och förvaltning i utvecklingen från 1809

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 har beskrivit 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 upprådande 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.<sup>10</sup>

De praktiska förändringsbehoven var alltså mycket stora. Det gällde förutom materiell lagstiftning 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. Opinionen 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 maktdelningstermer var inte förenligt heller med den i Sverige då rådande ideologin som den uttrycktes i Christopher Jacob Boströms föreläsningar, Grundlineer till filosofiska statsläran (1859):

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. Han gör alltså en funktionsuppdelning, jfr 1974 års RF med dess funktionsuppdelning under folkstyret! Monarkens organ var enligt Boström de offentliga funktionärerna eller ämbets- och tjänstemän. Någon egentlig skillnad med ämbetsmän och domare gjorde han inte.

Att den skillnaden inte gjordes är, som jag redan varit inne på, 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

<sup>10</sup> E. Marks von Würtemberg, Blick på den svenska lagstiftningen alltifrån adertonhundratalets början, Minnesskrift till 1734 års lag, I, 1934.

när Författningsutredningen föreslog att regeringsformen skulle innehålla ett särskilt kapitel om domstolarna och ett om förvaltningen stupade detta på att det här ansågs föreligga svåröverkomliga gränsdragningsfrågor. 1974 års regeringsform kom därför att behandla domstolarna och förvaltningen i ett och samma kapitel, kap. 11. Men sedan, inte minst efter flera avgöranden mot Sverige i Europadomstolen i Strasbourg, genom tillkomsten av rättsprövningslagen, Sveriges anslutning till Europeiska unionen och inkorporeringen av Europakonventionen kom frågan i ett nytt läge.

När förändringen sker genom 2010 års ändringar och domstolarna då får ett eget kapitel i 11 kap. RF så är det intressant att notera också vaktslåendet kring den svenska förvaltningens särskilda betydelse. I förarbetena uttalar regeringen om förvaltningen och dess nya 12:e kapitel:<sup>11</sup>

Det bör framhållas att förslaget inte syftar till att åstadkomma en tyngdpunktsförskjutning i förhållandet mellan rättskipning och förvaltning. Förvaltningen spelar en viktig roll i det svenska systemet som förslaget till uppdelning av reglerna i olika kapitel inte på något sätt avser att förändra. Den statliga förvaltningsmodellen och de starka förvaltningsmyndigheterna, liksom den viktiga roll som förvaltningen spelar, ska bestå. Med ett särskilt kapitel i regeringsformen om förvaltningen är det sannolikt att möjligheterna att tydliggöra och markera den betydelse och självständighet förvaltningen har i det svenska systemet snarast ökar.

### 13. Hugo Blomberg och domstolarnas oavhängighet

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 beredning kom att 1884 framlägga ett 1200 sidor omfattande förslag angående rättegångsväsendets ombildning.

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 Tidsskrift for retsvidenskap "Om de konstitutionella garantierna för domstolarnas oavhängighet och självständighet". Hans utförliga behandling av ämnet och argumentation har sedan inte behövt kompletteras särskilt mycket av andra. Intressant att notera är att ett problemområde som han identifierade och som

<sup>11</sup> Prop. 2009/10:80 s. 120.



sedan kommit att tilldra sig allt större uppmärksamhet är frågan om domstolarnas lagprövningsrätt.

## 14. 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, *Marbury ./. Madison*. 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 (närmast att expediera en domarfullmakt). Lagprövningen medförde alltså i detta första fall i sig inte någon expansion för den dömande makten. Men principen hade lagts fast.

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

Också i Sverige väcktes frågan tidigare än man kan tro. Justitieombudsmanen Theorell drev tanken om existensen av en lagprövningsrätt. I JO:s ämbetsberättelse för 1849 uttalade han att domarens lagprövningsrätt är den första beståndsdelen av det oberoende som hör till domarmaktens väsende. Theorell förenade dock denna argumentation med häftiga angrepp på Högsta domstolen och han 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 kom i den Tingstenska fri- och rättighetsutredningen från 1941, där saken utreddes närmare av Jörgen Westerstahl i en bilaga. Författningsutredningen slog 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. Något förslag till grundlagsreglering av frågan lades dock inte fram och i 1974 års regeringsform var saken oregerad.

Bäst hade nog också varit om det förblivit så. Men samtidigt med utbyggnaden av fri- och rättighetskapitlet i regeringsformen 1979 infördes bestämmelsen i 11 kap. 14 § RF om lagprövning med det begränsande och omdiskuterade uppenbarhetsrekvisitet. Därefter har följt Sveriges anslutning till Europeiska unio-

nen och upptagandet av den europeiska människorättskonventionen som svensk lag. Uppenbarhetsrekvisitets betydelse har härigenom minskat. Sedan 1990-talet har en ökad domstolsmakt blivit tydliggjord genom ett antal rättsfall. Man talar nu om en ökad judikalisering eller ett förrättsligande av samhällsfrågorna. Det rör inte bara EU-rätten. En aktuell ny tillämpning är de svenska domstolarnas utdömande av skadestånd vid kränkning av Europakonventionen.<sup>12</sup>

Genom 2010 års ändringar av regeringsformen med borttagandet av uppenbarhetsrekvisitet och med en ny motivskrivning har en inte minst symboliskt viktig förändring ägt rum. I förarbetena betonas att det är av särskild betydelse att grundlagens regler fullt ut får genomslag i rättstillämpningen när det gäller vissa centrala delar av fri- och rättighetsregleringen i 2 kap. RF.<sup>13</sup>

## 15. Mer om 2010 års ändringar av regeringsformen

Också i andra avseenden finns det anledning att framhålla 2010 års ändringar av regeringsformen som uttryck för att domstolarnas ställning som statsmakt har stärkts. Ändringarna är resultatet av en diskussion som följde på 1974 års regeringsform och som växte till sig under 1990-talet.<sup>14</sup> Den svenska diskussionen har också tagit intryck av förhållandena i andra länder och vissa internationella dokument.<sup>15</sup>

Ändringarna kan sägas vara rätt små men också symboliska. Tanken på införande av en författningsdomstol avvisades.<sup>16</sup> Viktigast är att domstolarna fått ett särskilt kapitel i regeringsformen, 11 kap. RF, och att principerna för utnämning av ordinarie domare ändrats genom att det s.k. kallelseförfarandet för de högre anställningarna som domare avskaffats. Utnämningsfrågorna behandlas nu i en särskild lag, lagen (2010:1390) om utnämning av ordinarie domare.

<sup>12</sup> Se SOU 2010:87 Skadestånd och Europakonventionen.

<sup>13</sup> Prop. 2009/10:80 s. 147.

<sup>14</sup> Se bl.a. SOU 1994:99 och 2000:99.

<sup>15</sup> Se bl.a. broschyren Domarens självständighet – några internationella dokument, utgiven av Sveriges Domareförbund och Domstolsverket samt numera Europarådets rekommendation 2010 (12) ”on judges: independence, efficiency and responsibilities”. Se vidare det inom FN-systemet utarbetade och 2001 antagna och nu ledande internationella dokumentet ”The Bangalore Principles of Judicial Conduct” som 2007 har kompletterats med en kommentar till principerna.

<sup>16</sup> Frågan belyses väl i en expertgruppsrapport till Grundlagsutredningen, Olika former av normkontroll, SOU 2007:85.

## 16. Domareetik

Domstolarna måste som andra statsmakter i ett fritt land upprätthålla allmänhetens förtroende. Detta måste vinnas och bevaras. Domaren väljs inte och åtnjuter ett rättsligt skydd i anställningen. Domaren kan inte skiljas från tjänsten utom på särskilda i lag angivna grunder. Här finns inte samma val och ansvarsutkrävande som för dem som har politisk makt. Domaren får sin makt genom utbildning, utnämning och formell kompetens och med de uppgifter och verktyg som ges av lagstiftaren.

God rättskipning förutsätter domare inte bara med god juridisk skicklighet utan också med gott omdöme. Gott omdöme fordrar en etisk kompass.

Tanken på en modern domareetisk kod avvisades i Sverige på 1990-talet. Nu har frågan emellertid på nytt hamnat på dagordningen. Några faktorer är här av särskild betydelse:

De nyligen genomförda förändringarna i regeringsformen markerar domstolarnas oberoende ytterligare. Det ställer samtidigt ökade krav på domarna att leva upp till allmänhetens förtroende.

Europeiseringen har medfört att domstolarna har fått en delvis ny roll och ökad betydelse. Både rättsligt och politiskt läggs ökad tonvikt på mänskliga rättigheter. Flera konflikter hamnar i domstolarna. En delvis förändrad rättskällevärdelse har vuxit fram, i vilken rättsliga principer har fått ökad betydelse. Detta sammantaget innebär att domarna helt enkelt har fått mer makt i samhället.

Vårt samhälle blir alltmer mångkulturellt. Detta gäller inte bara på grund av ökade inslag av olika nationella kulturer genom invandring utan även på grund av nya olika livsstilar. Nya kulturmönster kan ge upphov till nya konfliktytor som måste hanteras i domstolarnas arbete.

Verksamheten inom domstolarna ger anledning till ett ökat intresse i massmedia och en ökad samhällsdebatt.

Mot den här bakgrunden och för att stödja förtroendet i samhället för domstolar och domare pågår för närvarande ett arbete med ett dokument om domareetik bland Sveriges domare.<sup>17</sup>

## 17. Ansvarighet och legitimitet

Domstolsmakt kan alltså lika litet som annan konstitutionell makt stå över diskussion. Återigen vill jag citera denne Geijer. Han skrev 1838 i Litteratur-Bladet:

<sup>17</sup> Se numera Johan Hirschfeldt, Domareetik – fyra grundsatsar och många frågor i Svensk Juristtidning 2011 s. 517.

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". Makt måste mötas med balanserande 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 de medborgerliga fri- och rättigheterna eller om den dyrbara principen om den demokratiska rättsstaten. Här ska man inte glömma bort att också den svenska konstitutionella historiska utvecklingen ger stöd för att domstolarna ska vara en oberoende statsmakt.