

Svea hovrätt 400 år — en framåt-syftande jubileumsskrift

Av f.d. rättschefen OLLE ABRAHAMSSON

Svea hovrätts 400-årsminne uppmärksammas i en nytgiven jubileumsskrift med medverkan av ett 30-tal kvalificerade författare från rättsväsendet och akademierna. Boken är ett tidsdokument som speglar den rättspolitiska diskussionen med inriktning på domstolarnas och domarnas belägenhet i samtiden och utsikter för framtiden. I artikeln anmäls och kommenteras ett urval av bidragen till jubileumsskriften.

1. Inledning

År 1614 begynner i Frankrike enväldets tid som i nästa århundrade skulle ända i katastrof, holländare intar ön Manhattan varifrån de snart kommer att fördrivas och Welser, Europas jämte Fugger mäktigaste handelshus, försätts i konkurs. Summan av dessa och andra samtida stora händelser kan sammanfattas med Thomas a Kempis ord *sic transit gloria mundi* (så förgår all världens härlighet). Men inom Sveriges landamären inrättas samma år en institution som skulle få bestående värde: Kungl. Maj:ts och Rikets Svea hovrätt har överlevt fyra sekler och befinner sig alltjämt vid god hälsa. Minnet av domstolens tillblivelse högtidlighålls under året bland annat i form av utställningar, öppet hus, seminarier och bankett i Stockholms stadshus.

Till rättsväsendets fromma har 400-årsjubileet även avkastat en diger antologi, vilken — med undantag för *Kjell Å Modéers* och *Claes Lewenhaupts* förnämliga historiska exposéer, vilka också innefattar tankeväckande redogörelser för domstolarnas tidigare inställning till kvinnors medverkan i dömandet — är väsentligen inriktad på aktuella spörsmål. Jubileumsskriftens huvudsyfte är alltså att ställa dagens och morgondagens frågor under debatt. Det är en klok redaktionell utgångspunkt, särskilt som Svea hovrätts tidiga historia redan är utomordentligt väl dokumenterad av bland andra hovrättspresidenten Sture Petrén och professor Stig Strömholm i anslutning till hovrättens 350- respektive 375-årsjubileum.

Jubileumsskriftens redaktion går inte av för hackor. Den har bestått av Fredrik Wersäll, Johan Hirschfeldt, Anders Eka, Elisabet Fura och Kjell Å Modéer, alla kända namn för Svensk Juristtidnings läsare. De fyra förstnämnda anger genom egna bidrag tonen för bokens delvis överlappande huvudteman vilka alla har med domstolar och dömande att göra. Sålunda följs avdelningarna om domstolarna i dag, i morgon och i samhället av ett kortare men inte mindre intresseväckande block benämnt ”Den svenske domaren i världen”. Författarna i

övrigt utgörs av ett 30-tal framstående domare, advokater och rättsvetare. Bokens perspektiv breddas genom att också ett antal prominenta utländska röster kommer till tals.

I en anmälan som denna är det inte möjligt att ens nödtorftigt ge rättvisa åt alla de briljanta uppsatser varav jubileumsskriften flödar över. Till de bidrag och frågeställningar som jag här tar upp har jag i en del fall fogat egna kommentarer. Därmed hörsammar jag redaktörernas uttalade avsikt att också få till stånd en diskussion om de angelägna frågor som boken handlar om.

2. Domstolarna i dag

Johan Hirschfeldt inleder med en exposé över domstolar och domare i Sverige. Hans framställning är en guldgruva för den som vill få perspektiv på de senaste 70 årens utveckling på området. Vad han blygsamt beskriver som ”några tematiska nedslag” är i själva verket en noggrann genomgång av viktigare reformer och krav på sådana alltsedan Nya rättegångsbalkens tillblivelse och framåt. Han lyfter upp i ljuset mycket som redan fallit i glömska, såsom det stora bråket på 1980-talet om huruvida nya och okonventionella åtgärder kunde berättigas i avsikt att komma åt den så kallade manschettbrottsligheten. Regeringen och den av landshövding Sven Heurgren ledda Ekokommissionen laborerade i det syftet med ett nytt rättssäkerhetsbegrepp — materiell rättssäkerhet — vars centrala innebörd var att medborgarna skulle tryggas från att drabbas av brott, särskilt ekonomisk brottslighet. För att förverkliga denna form av inverterad rättssäkerhet skulle domstolarna tvingas godta att skattebrottslingar dömdes enligt kautschukparagrafer och på bevisning som dittills ansetts otillräcklig. Nu blev det inte riktigt så illa, bland andra Hans-Gunnar Axberger gjorde viktiga insatser för att hejda vansinnet, och även riksdagen bromsade i svängarna. Diskussionen om de rättsstatliga värdena upphörde dock inte. Den fick tvärtom nytt bränsle genom närmandet till europarätten och är alltjämt i högsta grad levande. Skillnaden är att diskussionen nu förs på ett högre plan än tidigare och att domstolarna själva har gått i bräschen för utvecklingen. Klara uttryck härför är det omtänkande som har skett i fråga om statens skadeståndsansvar gentemot enskilda och den senaste tidens anpassning till europeisk rättighetslagstiftning när det gäller dubbelbestraffning för skattebrott. 1980- och 90-talens lagstiftare och domstolar kunde näppeligen föreställa sig att ett så genomgripande skifte skulle inträda på så kort tid.

Hirschfeldt rekapitulerar diskussionen inför Domstolsverkets inrättande men erinrar också om att regeringen Bildt 1991–94 hyste långtgående planer på att lägga ner myndigheten (och för övrigt också Brottsförebyggande rådet) eftersom den ansågs blanda sig i domstolarnas administration så energiskt att den dömande verksamhetens oberoende under lagarna naggades i kanten. Acceptansen för Domstolsverket har med tiden blivit större, men Hirschfeldt varnar ändå

för att frågan om domarnas självständighet visavi verket kan fordra viss uppmärksamhet även i dag. Det gäller enligt hans mening exempelvis utvecklingen av sådana datasystem som Vera och frågan om utformningen av domslut. Det sistnämnda är lätt att hålla med om. En domares yrkesstolthet och professionella identitet vilar till inte ringa del på en föreställning om den egna förmågan att uttrycka sig i skriftlig form. Domskrivandet är en integrerad del av själva dömandet. Kritik av en domares sätt att skriva är därför en känslig sak och kan ses som ett angrepp på domarens ämbetsutövning. Men utvecklingen har nu gått dithän att domarna från centralt håll ges utförliga språkliga instruktioner. De anbefalls att använda vissa ord och uttryck men avstå från andra samt att i brottmål strukturera domskäl och domslut utan hänsyn till vad domaren själv kan tänkas finna vara lämpligt. Då är man farligt nära en situation där statsmakten — trots det vällovliga syftet — inte tillräckligt respekterar domarens konstitutionellt givna roll i samhället utan snarare betraktar domaren som vilken exekutiv tjänsteman som helst. I sitt nedan refererade bidrag medger Stefan Strömberg, numera lagman i Stockholms tingsrätt, att denna handfasta styrning av hur domsluten skall utformas och hur man får skriva påverkar den mest centrala delen av domarnas självständighet, nämligen den hur man dömer.

Med berättigad beundran lyfter Hirschfeldt fram den betydelse som Natanael Gärde, mannen bakom vår ännu gällande rättegångsbalk, har haft för det svenska domstolsväsendet. Gärde var övertygad om att rättskipningens tyngdpunkt allt framgent måste ligga i underrätterna, vilka ”inte som i andra länder pressats ned till allenast en försöksinstans”. Ännu i dag lyder fältropet: Tyngdpunkten skall ligga i första instans!

Lars Eklycke utvecklar temat i artikeln ”Funktionsfördelningen tingsrätt-hovrätt” där han frågar sig om dagens tingsrätter lever upp till sin roll som tyngdpunkt. Hans svar är att tingsrätterna gör så gott de kan men att de befinner sig i den frustrerande situationen att deras domar överklagas oavsett hur skickliga och rättvisa dessa är: ”Det spelar ingen roll hur väl du dömer, lille vän, för målet går vidare till hovrätten ändå!”. Eklyckes rekommendation för att uppgradera tingsrätternas status är att parterna inte ens i grövre brottmål bör vara garanterade en huvudförhandling i hovrätten. Tanken är att om de måste utgå från att förhandlingen i tingsrätten är den enda som kommer till stånd så stärker det principen att rättskipningens tyngdpunkt ligger i första instans, eller som Eklycke uttrycker saken: ”Ett generellt krav på provningstillstånd tydliggör --- på ett pedagogiskt sätt tingsrättens roll som tyngdpunkt i rättssystemet”. Ja, resonemanget är väl i och för sig riktigt, men innebär det inte att vagnen spänns före hästen? Borde det inte först konstateras att tingsrätternas avgöranden i allmänhet är så väl underbyggda och åtnjuter sådan respekt att en överprovning endast i undantagsfall behöver aktualiseras? Först i det läget kan ett

generellt krav på prövningstillstånd få full acceptans hos rättslivets aktörer. Och där är vi nog ännu inte. Från advokatsidan är man i varje fall inte beredd att helt förlora rätten till en prövning i två instanser i mål där staten är motpart, det framgår av *Anne Rambergs* bidrag till jubileumsskriften. Härtill kommer att det, åtminstone om man får tro *Joakim Nergelius*, som också medverkar i antologin, är högst osäkert om ett generellt krav på prövningstillstånd går att upprätthålla i ljuset av Europadomstolens nyare praxis. I själva verket befinner vi oss nog i samma belägenhet som presidenten Sten Rudholm beskrev i en intervju i tidskriften *Advokaten* i anslutning till Svea hovrätts 375-årsjubileum:

”Vi vill ju att rättskipningens tyngdpunkt skall ligga i underrätterna. De domare som sitter där skall vara skickliga och bra, och det tror jag att de mestadels är. Men jag tror ändå att möjligheten till överprövning i en kollegial domstolsinstans är en nödvändig rättssäkerhetsgaranti.”

Lars Eklycke berör också den eviga frågan om nämndemäns medverkan i dömandet. Han vittnar om hur nämndemännens inträde i Svea hovrätt år 1976 innebar en omvälvning i positiv riktning. Från min samtida tjänstgöring i Hovrätten för Västra Sverige har jag motsatta intryck. Nämndemännens inträde orsakade där mestadels förvirring och förlägenhet, och de lämnade sällan konstruktiva bidrag till hovrättens avgöranden. Nåväl, det huvudsakliga motivet för nämndemännen är ju ett annat, nämligen att — som Gärde framhöll på 1940-talet — bidra till domstolarnas ”folklighet” och därmed utgöra en grund för allmänhetens förtroende för rättskipningen. Det motivet hade sin giltighet på landsbygden när Sverige ännu var ett agrarsamhälle men saknar i allt väsentligt relevans i dag. Små steg tas nu i riktning mot att komma bort från det i ett internationellt perspektiv chikanerande förhållandet att lekmanndomare nomineras och i praktiken utses av politiska partier. Min gissning är emellertid att nämndemännens medverkan i rättsliga avgöranden kommer att ha helt upphört vid tiden för Svea hovrätts nästa kvartssekeljubileum.

Till avdelningen ”Domstolarna i dag” har *Johan Munck* bidragit med en artikel om Högsta domstolen som normbildare. När man tar del av Muncks författarskap är det i allmänhet en fördel att kunna läsa även mellan raderna. Så också här, för när Munck avslutar med att han i det föregående har ”antytt vissa förbättringar för framtiden som eventuellt skulle kunna övervägas” torde han i själva verket mena att han är allvarligt bekymrad över hur samspelet mellan HD och lagstiftaren fungerar på rättsbildningens område. Problemen hör bland annat samman med regeringens senfärdighet eller rent av oförmåga att få till stånd nödvändig lagstiftning. Om HD då förekommer lagstiftaren och genom nya banbrytande avgöranden tar på sig normbildningsansvaret blir följden att rättstillämpningen inte får den vägledning och

stadga som en ordinär lagstiftningsprocess skulle ha kunnat ge. Det finns heller ingen möjlighet att inom ramen för ett prejudikat meddela behövliga övergångsbestämmelser. Ibland är det dock tvunget att HD agerar förlöpare, skadeverkningarna av att invänta en lagändring blir helt enkelt för stora annars. Munck nämner som exempel den år 2011 inledda serien av prejudikat varigenom straffen för narkotikabrott har sänkts dramatiskt. Frågan skulle ha tagits upp av den samtidigt arbetande Påföljdsutredningen, som emellertid fann sig överspelad till följd av HD:s utspel. Men, konstaterar Munck, ”det torde med säkerhet kunna konstateras att regering och riksdag inte hade vågat gå lika långt som HD när det gällde att bryta rådande underrettspraxis”. Jag tror att regeringen, även om den knappast skulle medge det, är tämligen tillfreds med HD:s tilltag. Dels innebär praxisändringen en välkommen avlastning för kriminalvården och därmed besparingar, dels ges regeringspartierna tillfälle att marknadsföra sin kriminalpolitik genom att under kanske flera mandatperioder agitera för ett återinförande av strängare straff för narkotikabrottslighet.

3. Domstolarna i morgon

Fredrik Wersäll lägger i sitt bidrag fram ett reformprogram för domstolsväsendets framtida styrning och ledning. Han gör det utan falsk blygsamhet och erinrar om att Svea hovrätt och dess president traditionellt ansetts ha en speciell ställning som representant för domstolsväsendet i dess helhet. Till skillnad mot exempelvis Finland har den rollen i vårt land aldrig tillkommit Högsta domstolen och vidare saknar, som Wersäll påpekar, Domstolsverket förutsättningar att tala för domstolsväsendet annat än i administrativa frågor.

Wersäll riktar kritik mot det sätt varpå statsmakterna genom åren har behandlat domstolarna. Visserligen har misstron mot domstolarna som en självständig och oberoende kraft i samhället minskat, och exempelvis lagprövningsrätten ifrågasätts inte i lika hög grad som tidigare från politiskt håll. Men statsmakternas hantering av domstolsväsendets budget har präglats av inkonsekvens och ryckighet. Särskilt anmärkningsvärt har varit att medelstilledningen bestämts utan hänsyn till vad som skett på andra områden, framför allt inom polisen. Eftersom polisens resursbehov alltid ges högsta prioritet finns en ständig risk för underfinansiering av andra delar av rättsväsendet. Det är denna bristande förståelse — eller vilja till förståelse — för ekonomiska samband som mer än verksamhetsmässiga förutsättningar har skapat de kriser som skakat domstolsväsendet de senaste årtiondena. Exempelvis drabbades domstolsväsendet år 1999 av orealistiska krav på 10-procentiga besparingar under en treårsperiod. Denna oberäknelighet i fråga om domstolarnas budget är betänklig också ur en annan synvinkel. Som även *Pauliine Koskelo* påpekar i sitt bidrag kan nämligen statsmakternas budgetära styrning i kombination med en oförmåga att inse domstolarnas behov bli så påtaglig att den inkräktar

på deras självständighet i den dömande verksamheten. Vägen ut ur detta dilemma är enligt Wersäll att statsmakterna binder sig vid mer långsiktiga finansieringar. Budgeteringen för domstolarna bör ske på 3–5 års sikt, med endast litet utrymme för förändringar under pågående budgetperiod. Det kan visserligen innebära att en domstol i det korta perspektivet inte får kompensation för oväntade öknings i måltillströmningen, men sådana olägenheter vägs upp av att domstolarna får möjlighet att ordentligt planera sin verksamhet.

En viktig fråga i Wersälls reformprogram rör tjänstestrukturen inom domarkåren och det därmed sammanhängande problemet med domaryrkets sviktande attraktionskraft. Wersäll är pessimistisk när det gäller utsikterna att generellt höja domarnas löner i förhållande till andra grupper, något som ju annars effektivt skulle ha kunnat minska bristen på kvalificerade sökande till domartjänster. Ett mer strategiskt förhållningssätt är att inrätta befordrade domartjänster utan chefsansvar samt att utveckla systemet med individuell lönesättning. Tanken är alltså densamma som den som realiserats beträffande lärarlönerna: Genom att successivt minska andelen lågt avlönade befattningar kan en genomsnittlig löneökning åstadkommas utan att jämförbara yrkesgrupper känner sig alltför provocerade.

Wersälls förslag om befordrade domartjänster med specialistinriktning kan förväntas få brett stöd, och inte heller tanken på en mer långtgående lönedifferentiering torde möta några principiella invändningar. Det ger onekligen perspektiv på utvecklingen. För inte så länge sedan utgjorde den individuella lönesättningen en infekterad stridsfråga, och ännu längre tillbaka uppfattades tanken allmänt som orimlig. För cirka 20 år sedan hävdade hovrättspresidenten och grundlagsexperten Bo Broomé att ett system med individuella löner för domare var oförenligt med deras konstitutionellt garanterade oavhängighet. Och när Juseks domstolssektion år 2005 slöt avtal med Domstolsverket om att 88 innehavare av rådstjänster skulle få ett individuellt lönepåslag ledde det till en sådan proteststorm bland landets domare att hela sektionsstyrelsen fann för gott av avgå.

En annan av Wersälls reformidéer lär dock möta motstånd, nämligen att ordinarie domartjänster i hovrätt och kammarrätt alltid bör ses som befordrade och därmed också berättiga till högre lön än rådstjänsterna i underrätt. En given invändning synes här vara att förslaget går mindre väl ihop med strävandena att förlägga rättskipningens tyngdpunkt till första instans.

Inte heller *Barbro Thorblad* tror att det går att få politiskt gehör för rejält höjda domarlöner inom ramen för nuvarande struktur. Men i sitt bidrag till antologin understryker hon att en generell lönenivåhöjning skulle kunna uppnås genom en kombination av väsentligt höjda avgifter och minskat antal domare. Medan det förstnämnda enkelt nog skulle kunna åstadkommas är minskningen av domarkåren en betydligt knepigare sak, bland annat synes den förutsätta ytterli-

gare begränsningar av rätten att få sin sak prövad i två instanser. För egen del menar jag dock att tanken är i grunden riktig, eller för att återigen citera Sten Rudholm 1989:

”[J]ag tror att vi har för många domare, särskilt i de högsta instanserna. Att de har fullt upp att göra är jag alldeles övertygad om, men det här gäller hela organisationen och systemet. --- Många dignar under arbetsbördan, så man måste förändra ganska mycket i själva systemet. Strävan bör då vara att minska antalet domare för att få de verkligt bästa och skickligaste krafterna på de högsta posterna.”

Mari Andersson kan synas vara av annan uppfattning då hon givit sitt bidrag rubriken ”Fler domare!”. Men det är inte fler höga domartjänster hon efterlyser utan, i likhet med Fredrik Wersäll, att fler fiskaler och assessorer skall beredas möjlighet till utbildning. Utvecklingen har sedan 1990-talet gått i motsatt riktning, och statsmakternas sätt att hantera domarförsörjningsfrågan bör betraktas som ett misslyckande. Man har överskattat möjligheterna att hämta ordinarie domare från den öppna juristmarknaden. 2001 års domarutredning föreslog rent av att den reglerade domarutbildningen vid hovrätterna och kammarrätterna helt skulle avskaffas. Härigenom skulle kvaliteten i den dömande verksamheten förbättras samtidigt som det skulle bli lättare att rekrytera kompetenta domare till domstolar i hela landet. Denna ljusa framtidsbild saknade verklighetsanknytning, och en mer realistisk syn på rekryteringsmöjligheterna har så småningom framtvingsats. För första gången på länge finns nu tankar på att utöka antalet fiskalsplatser.

En viss motsättning mellan Fredrik Wersäll och Barbro Thorblad skymtar i frågan om synen på Domstolsverkets framtid. Den förstnämnde finner att det inte minst från konstitutionella utgångspunkter vore önskvärt att verkets uppgifter övertas av ett ”Judicial Council”, en från regeringen skild domstolsstyrelse grundad på självförvaltning inom domstolsväsendet. Ett sådant organ skulle, efter dansk och norsk förebild, med större legitimitet än Domstolsverket kunna bestämma lönerna för domstolschefer och domare i de högsta instanserna. Wersäll leker med tanken att den nyinrättade Domarnämnden skulle kunna utvecklas till en sådan domstolsstyrelse. Barbro Thorblad förklarar i sin artikel att hon inte nu vill ge sig in i debatten om någon form av fristående domstolsstyrelse men att hennes grundinställning är att de som bäst känner verksamheten, det vill säga de som är verksamma på domstolarna och Domstolsverket, också är de som har bäst förutsättningar att avgöra hur verksamheten skall bedrivas. Oberoende av hur diskussionerna om självförvaltning går bör enligt henne samarbetet mellan verket och domstolarna fortsätta att utvecklas.

Frågan om hur domstolarna skall styras är ett kärt ämne även för *Stefan Strömberg*. Hans utgångspunkt är att domarnas självständighet bör underordnas kravet på att lika fall skall bedömas lika. Med en så-

dan grundinställning kan man rättfärdiga en mycket långtgående judiciell styrning av dömandet. Denna judiciella styrning bör emellertid enligt Strömberg inte längre ske centralt från regeringen och Domstolsverket utan från en elit av domstolschefer, företrädesvis hämtade från de större domstolarna. Domstolsverket bör finnas kvar men enbart för handhavandet av domstolsväsendets administration. I allt som gäller domstolarnas kärnverksamhet skall ansvaret föras över till en från regeringen fristående och av de nämnda domstolscheferna sammansatt styrelse. En central uppgift för denna blir att få till stånd en enhetlig rättstillämpning i landet, så att allmänheten kan lita på att lika fall bedöms lika. Strömbergs vision närmar sig därmed den "Judicial Council"-modell som Fredrik Wersäll och även Anders Eka med flera förespråkar. Den fråga som måste ställas är emellertid om vikten av en likformig rättstillämpning är den *enda* faktorn av betydelse i sammanhanget. Svarar man ja på den frågan synes det inte finnas mycket manöverutrymme kvar för ett självständigt dömande såvitt gäller den enskilde domaren, från vars synpunkt sett det ju knappast spelar någon roll om det är staten eller ett självstyrande råd som intervernerar i hans eller hennes ämbetsutövning. Överhuvudtaget diskuteras numera frågan om den dömande maktens självständighet oftast utifrån ett domstols- och domstolschefsperspektiv. Mindre uppmärksamhet ägnas den enskilde domarens oberoende i förhållande till sina chefer, en fråga som ju tidigare åstadkom mycket buller i samband med införandet av individuella rådslöner.

I sin programartikel visar Fredrik Wersäll hur 1970-talets ökade politiska styrning och åtföljande hårdhänta reformarbete inneburit "en viss neddragning av synen på domstolarna som en självständig och oberoende kraft i samhället". Det politiska projektet lyckades i så måtto att domstolarna blev mer ärendeeffektiva och anpassade att verka i ett modernt samhälle, men det skedde till priset av att domarnas självbild slätades ut, de kom att uppfatta sig mer som tjänstemän än som en del av en tredje statsmakt. Wersäll menar ändå att en sådan sak som nedläggningen av de små och mellanstora tingsrätterna, som han säger sig sörja av nostalgiska skäl, var en nödvändig effektivitetsåtgärd, och han hänvisar i sammanhanget till att det med nutida mått knappast var ett heltidsjobb att vara domare på 70-talet. Det är möjligt att han har rätt, men säkert är att den ekvation som föregick nedläggningsbesluten saknade flera obekanta, däribland sådana icke direkt mätbara komponenter som lokalsamhällets önskemål och behov, symbolvärdet av ett i funktion varande tingshus i bygdens centrum, domstolspersonalens sammanhållning och engagemang samt notarie- och fiskaltjänstgöringens sociala betydelse för unga domares personliga utveckling och mognad. Säkert är nog också att det starkare självmedvetande som Wersäll efterlyser hos dagens domare i rikt mått fanns representerat bland domarna i de mindre tingsrätterna även om självrådigheten — som *Lars Lindström* visar med några härresande

exempel från JO:s äldre praktik — någon gång kunde slå över i despotism.

4. Domstolarna i samhället

Anders Ekas inledande artikel handlar i mycket om de förändringar i regeringsformen som trädde i kraft den 1 januari 2011 och som var följden av ett utredningsarbete i vilket han själv medverkade. Bestämmelserna om rättskipning och förvaltning har numera delats upp på två skilda grundlagskapitel i det föregivna syftet att markera domstolarnas särställning. En nyhet är också att domstolarnas (och övriga myndigheters!) lagprövningsrätt har stärkts genom att det omstridda uppenbarhetsrekvisitetet har försvunnit. Om det är något man saknar i *Ekas* gedigna genomgång av förändringsarbetet så är det hans egen värdering av dess betydelse för domstolarnas ställning i samhället och särskilt för deras förhållande till den politiska makten. Själv hör jag till dem som menar att domarmakten endast marginellt har stärkts till följd av de företagna grundlagsändringarna. Avskaffandet av uppenbarhetsrekvisitetet gör varken från eller till när det gäller den allt större andelen EU-baserad lagstiftning, och får i övrigt betydelse bara i de ytterligt sällsynta fall där en domstol annars verkligen skulle ha funnit en bestämmelse vara grundlagsstridig men samtidigt på grund av det nämnda rekvisitetet sett sig förhindrad att ta hänsyn härtill.

En långt mer omvälvande förändring, som såväl *Anders Eka* som andra bidragsgivare uppmärksammar, är riksdagens beslut att inrätta ett särskilt organ, Domarnämnden, med uppgift att bereda tillsättningen av i princip samtliga ordinarie domartjänster i landet. Det innebär i praktiken att regeringen har blivit av med ett viktigt och tidigare omhuldat maktinstrument, ty regeringen är naturligtvis väl medveten om att det skulle få konstitutionellt ohållbara konsekvenser om den utnyttjar sin formella utnämningsrätt och struntar i Domarnämndens nomineringar. Och som *Fredrik Wersäll* utvecklat kan man också se Domarnämnden som ett embryo till en självförvaltande domstolsstyrelse, som helt eller delvis ersätter Domstolsverket. Domstolarna själva berörs ju inte direkt av nyordningen men denna har ändå fått konsekvenser för dem, särskilt i fråga om personalförsörjningen. Det har nämligen visat sig svårt att locka kvalificerade sökande, inte minst till de cirka 100 domartjänster som regeringen tidigare tillsatte helt utan ansökningsförfarande. En bidragande orsak antas vara att ansökningshandlingarna blir offentliga så snart de ges in till Domarnämnden.

De steg som tagits genom grundlagsreformen stärker inte tillräckligt den dömande makten gentemot den styrande, skriver *Mats Melin*, och förespråkar i likhet med flera andra antologimedverkande att Domstolsverkets icke rent administrativa funktion anförtros ett domarlett svenskt "Judicial Council", som då också skulle kunna överta den tillsynsroll som JK — regeringens ombudsman — har gentemot

domstolarna. Melin finner det klart besvärande att regeringen via sina myndigheter har bestämmanderätt i vad som borde vara domstolarnas interna angelägenheter. Om till exempel en domare i HFD skall delta i en konferens utanför Europa måste Domstolsverkets tillstånd först inhämtas. Och Melins egen lön som ordförande i HFD bestäms ensidigt av samma myndighet. Domstolsverkets kontroll över verksamheten går så långt att en på grund av pensionsavgång ledig justitierådstjänst inte får utannonseras utan verkets särskilda medgivande.

Sten Heckscher har rubricerat sitt bidrag "Juristerna och makten". Han tar därmed ett vidare och mindre konventionellt grepp än de författare som nöjer sig med att konstatera att domarna har fått nya muskler till följd av rättens europeisering. Domstolsjurister inom förvaltningen har länge haft stor och mycket makt, och det i än högre grad på den tiden då det inte pratades stort om saken. Domarutbildade tjänstemän kunde i betydande grad diktera innehållet i lagstiftningen och därmed forma själva rättspolitikerna. På fler områden än i dag kunde juristexperter härska nära nog oinskränkt med ansvariga politikernas tysta medgivande. Heckschers tes är att den politiska makten på senare decennier har vidgat sitt intresseområde och återerövat terräng från juristerna. I detta större perspektiv är det inte säkert att domarnas inflytande på samhällsutvecklingen är större nu än det var före rättsprövningslagen, unionsmedlemskapet, konventionsbundenheten och de senaste grundlagsändringarna. Heckschers poäng är värd att lyftas fram som påminnelse om att allt inte är vad det synes vara. Jag kan själv vidimera att det så sent som på 1980-talet i kanslihuset fanns cheftjänstemän, tillika domare i karriären, vilkas inflytande på politiken överflyglade de politiskt utsedda statssekreterarnas. Motsvarande gällde i många fall riksdagens kanslichefer gentemot utskottens ledamöter. Går man något längre tillbaka i tiden kan man finna att de så kallade juristkonsulterna, enligt vad Tage Erlander har berättat, hade en nästan obegränsad makt och utan vidare kunde gå in och intervensera i fackministrarnas beslutsfattande, samtidigt som de vid sidan om kunde upprätthålla sina domarämbeten.

En något udda röst i jubileumsskriften tillhör *Sverker Gustavsson*, tidigare bland annat statssekreterare och Jean Monnet-professor. Tämmligen opåverkad av Sveriges snart tjugoåriga erfarenhet av att vara medlem i EU står han fast vid sin uppfattning att regeringsformen borde innehålla en bestämmelse som anger vad domstolar och andra har att iaktta när svenska normer kolliderar med EU-rätten. Gustavsson lämnar öppet för alternativ, men det råder intet tvivel om vilket innehåll han själv tycker att en sådan bestämmelse borde ha. Det framgår bland annat av den retoriskt menade frågan: "Varför skall människor, som bor i andra länder och vars lagstiftning det egna landets medborgare inte kan påverka, tillåtas bestämma vad som är den svenska rättsordningen?". Det lika enkla som rätta svaret på frågan lyder: Därför att respekten för den svenska demokratin kräver det! Sve-

riges riksdag har genom anslutningsbeslutet och efter föregående rådgivande folkomröstning bestämt att här i landet skall gälla EU:s rättsordning, vilken innefattar principen om företräde gentemot konkurrerande nationell lagstiftning på alla nivåer.

5. Den svenske domaren i världen

Jubileumsskriftens avslutande kapitel inleds av *Elisabet Fura*, som i sitt yrkesliv haft rika möjligheter att jämföra domarkulturen i Sverige med den i andra länder. Skillnaderna kan onekligen vara rätt stora. I ett mål som fick sin epilög i Europadomstolen år 2003 hade en brittisk domare i domskälen beskrivit sin vända för att avgöra målet i de tilltalades utelämnade och förklarade hur han ändrat inställning efter att ha rådförat sina kolleger över en lunch. Elisabet Fura konstaterar att en svensk domare aldrig skulle ha uttryckt sig på det viset, det skulle strida mot vår traditionella uppfattning av hur en korrekt ämbetsman beter sig. Jämfört med den kontinentala traditionen sticker också den svenska domskrivningen ut, den är kortare och språkligt mindre komplicerad. Samtidigt noterar hon att ”vissa tycks mena att domarna från Sveriges högsta domstol bara blir längre och längre”. Kanske avser hon därmed den ganska skarpa kritik som en av HD:s tidigare ledamöter, Bertil Bengtsson, nyligen har riktat mot vad han ser som ett beklagligt skifte till ett mer yvigt skrivsätt (JT 2012–13 s. 743). Elisabet Fura beskriver vidare den svenske domarens starka lojalitet med statsmakterna och förmodar att — till skillnad från vad som mer än en gång har hänt i exempelvis Frankrike — en svensk domare sannolikt aldrig skulle strejka. Här kan dock erinras om att akademikernas centralorganisation faktiskt tog ut domare i strejk våren 1971. Strejken bedömdes av statsmakterna som samhällsskadlig och fick ett abrupt slut genom den så kallade tjänstepliktslagen, något som möjligen för all framtid knäckte domarkårens stridslystnad. I rättvisans namn bör samtidigt sägas att långt ifrån alla domare var organiserade och att en betydande del av de berörda domarna trots fackliga påtryckningar inte kunde förmå sig till att strejka. I slutet av sin uppsats antyder Elisabet Fura att det finns en elefant i domstolsväsendets rum som få vill kännas vid, nämligen domaryrkets fortgående feminisering. Med en illa dold sarkasm föreslår hon att ämnet behandlas i den jubileumbok som kommer ut till Svea hovrätts 500-årsjubileum.

Ian Cameron menar att den svenske domarens stora respekt för den nationella lagstiftarens institutionella kompetens har bidragit till att Europadomstolens domar har fått begränsat genomslag i rättspraxis. Traditionen med utförliga förarbeten innehållande klart redovisade intresseavvägningar har gjort de svenska domarna mer ”lata” än sina europeiska kolleger. De senare har i högre grad att tillämpa allmänt hållna normer utan vägledande förarbeten, vilket tvingar dem till ett mer krävande tankearbete. Med exempel från HD:s och Svea hovrätts praxis söker Cameron visa hur domstolarna har förfallit till en alltför

återhållsam och osjälvständig hållning på just rättighetsområdet, men han noterar också de senaste avgörandena från högsta instans i skattetillägsfrågan, vilka knappast kan beskyllas för att vara konventionsfientliga.

Pernilla Lindh ger som väntat en initierad och i huvudsak positiv bild av EU-domstolens inre liv. Hennes skildring av hur målen diskuteras och nagelfars i respektive domares eget kabinett, som består av en handfull jurister och två sekreterare, är närmast lyrisk. När anses tiden vara inne för de svenska högsta domstolarna att arbeta efter en liknande modell? Med ett kompetent rättssekretariat knutet till varje justitieråd skulle det dessutom vara fullt möjligt att halvera dessas antal, vilket till allt annat skulle förbättra de båda domstolarnas prestige och kvalitetsstatus. En sådan bantning av de högsta instanserna skulle ligga helt i linje med Sten Rudholms ovan nämnda vision från jubileumsåret 1989. Visserligen skulle det då inte bli möjligt för domstolarna att avstå i tjänst varande justitieråd till Lagrådet, men vad — annat än nuvarande lagstiftning — hindrar en sammansättning med enbart pensionärer?

Även *Krister Thelin* kan se tillbaka på en domargärning i internationella organ och han har sedan länge efterlyst en lika självmedveten och frimodig svensk domarkår som är gängse i andra västliga demokratier. Han ifrågasätter sådana i ett omvärldsperspektiv egendomliga företeelser såsom en generaldirektör som ”koncernchef” för Sveriges Domstolar ”med flagga och allt, vilket gör det svårt för omgivningen att avgöra var verket tar slut och domstolsväsendet börjar”, vår traditionellt generösa syn på domares möjlighet till skiljemannauppdrag och andra bisysslor samt de vittgående befogenheter som JK och JO har gentemot domstolarna. Vad gäller det sistnämnda organet får han mothugg av Elisabet Fura i hennes bidrag till jubileumsskriften. Så långt som till att av oavhängighets skäl förbjuda svenska domare att ta lagstiftningsuppdrag tycks Thelin dock inte vilja gå; som domare i Jugoslavientribunalen syndade han själv mot de processuella reglerna, vilka strängt taget inte tillät honom att samtidigt ägna sig åt utredande åt den svenska regeringen. Thelin kryddar sitt bidrag med flera indiskreta avslöjanden, bland annat om hur det gick till när regeringen Bildt 1991–94 utsåg en icke namngiven men ändå lätt identifierbar advokat till justitieråd i Högsta domstolen. Den som är nyfiken på mera sådant hänvisar jag till att läsa boken.

En av jubileumsskriftens få mindre kända författare är tingsfiskalen *Alicia Nilsson*, som redogör för sina erfarenheter av att arbeta för EU:s rättsinstans i Kosovo. Hon tjänstgjorde vid den avdelning på Högsta domstolen i Pristina som handläggare för privatiseringstvister. Arbetet skedde i en omgivning fjärran från den svenska rättsstatliga verkligheten och stötte ideligen på problem som på något sätt måste lösas, ofta med för en domare okonventionella metoder. Mutkulturen var utbredd, processrätten rudimentär, förarbeten och rättspraxis i stort

sett obefintliga; ibland var det inte ens klart vilken av ett antal tänkbara rättsordningar som var tillämplig. För att kunna göra nytta i Kosovo måste därför, enligt Alicia Nilsson, en svensk domare ha förmåga att ge avkall på sin statstjänstemannaattityd, tänka utanför givna ramar samt utveckla ett aktivistiskt, kreativt förhållningssätt kombinerat med ett rättighetsmedvetande. Dessa utmaningar möttes på olika sätt av domarna från de olika deltagande länderna. Den svenske domaren hade i allmänhet inga problem med att ta sig an uppgiften med tillräcklig diplomati och ödmjukhet, men en negativ effekt av en sådan mer antiauktoritär hållning var att svensken i denna miljö kunde uppfattas som konfliktskygg, osäker och integritetssvag. Av bland annat den anledningen gällde det för de svenska domarna att inte rygga för att till exempel kritisera lokala domare eller ta strid i en sakfråga med en internationell kollega. Elisabet Fura, som ju själv har mångårig erfarenhet av hur det är att arbeta med domarkolleger från 46 rättsordningar utöver den svenska, ger i sin inledande uppsats högsta betyg åt Alicia Nilssons iakttagelseförmåga och slutsatser. Författaren till denna anmälan av *Svea hovrätt 400 år* har bara att instämma!