Domstolarnas växande samhällsroll och processens förändrade funktioner — floskler eller fakta?[1]

Av professor PER HENRIK LINDBLOM

Samhällsutvecklingen — särskilt strävanden efter privatisering, avreglering och decentralisering — har bidragit till att domstolarnas samhällsroll vuxit i öster medan försök gjorts att minska processandet i USA. I det internationella perspektivet har de svenska domstolarna länge spelat en blygsam roll. Men under de senaste decennierna har grunden lagts för en försiktig expansion, främst genom privatiseringen av offentlig tillsyn och kontroll ("citizens' enforcement"), lagstiftningstekniken ("vag lag") samt anslutningen till EU ("politikens juridifiering"). Bryter man ner domstolsrollen i processens samhällsuppgifter — funktioner — finner man att en maktförskjutning ägt rum från både den lagstiftande och den verkställande makten till domstolarna. Detta har skett i form av ökande lagprövning i vid mening (dvs. inklusive kontroll mot EG-rätten och EKMR), laglighetsprövning och rättsskapande. Även de preventiva och reparativa funktionerna kan få större betydelse, vilket dock förutsätter fortsatta strävanden efter jämlik "access to justice". Till dessa funktionsförändringar kommer delvis nya uppgifter. Det handlar då om medborgarnas möjligheter att — ibland i altruistisk process — utnyttja domstolen som rättspolitisk reformarena och som forum för moralisk diskurs. Från en del håll ställs dessutom ökade krav på att domarna skall vägledas av den rådande samhällsmoralen och vara kraftfulla, kreativa och beteendevetenskapligt medvetna ("terapeutiska") både under processledningen och vid avgörandet av målet.

1.Floskler

"Vi lever i en brytningstid! Den hastiga internationaliseringen skapar en globaliserad glob! Sverige närmar sig alltmer Europa! Rättsbild-

[1]Symposiets övergripande tema var: "Rättsbildning i en ny miljö — hur har domstolarnas roll och betydelse förändrats?" Min uppgift var att hålla ett kort inledningsanförande med titeln "Hur har domstolarnas funktion förändrats?", en rubrik som förutsätter att förändringar har ägt rum. I den här uppsatsen återges i betydligt utvidgat skick innehållet i denna inledning samt en del ytterligare synpunkter på ämnet. Jag har vid flera tillfällen tidigare berört en del av de nedan behandlade frågorna något mera på djupet, se t.ex. uppsatssamlingarna Studier i processrätt, 1993 (citeras Studier), s. 7–136 och Progressiv process, 2000 (citeras Progressiv process), s. 19–188, jfr även uppsatser i JFT 1993 s. 3 ff., Lakimies 2002 s. 531 ff., Retfærd 2001 s. 22 ff., SvJT 2002 s. 1 ff., Festskrift till Hans Gammeltoft-Hansen, 2004, s. 411 ff. samt The American Journal of Comparative Law 1997 s. 805 ff. Betr. civilprocessens funktioner se även kapitel 5 i Torbjörn Andersson, Rättsskyddsprincipen, 1997. För referenser och vidareutveckling av vissa ståndpunkter hänvisas till dessa arbeten. De frågor som behandlas, eller snarare introduceras, i avsnitt 4 och 5 nedan hoppas jag kunna återkomma till i ett senare sammanhang.

ningen äger rum i en helt ny miljö! Domstolarna har en dramatiskt växande roll i samhället! Processens funktioner har förändrats radikalt i både brottmål och tvistemål! Utvecklingen sker i allt snabbare takt!"

Vi känner alla igen den här typen av uttalanden som floskler, bombastiska klyschor, ibland framfödda som språkliga missfoster. Trots att det är fråga om tomma och uttjatade klichéer har de pretentionen att äga ett storslaget innehåll och särskilt nyhetsvärde: "Vi lever i en brytningstid!" Jovisst, men det gör vi alltid, åtminstone i något avseende. Globalisering, tackar, men globen kan knappast bli mer global än den var från början. Och har inte Sverige alltid varit en — inte så liten — del av Europa?

Kunde då alla de teser, som utgjorde utgångspunkter för det rättssymposium som redovisas i detta nummer av SvJT, sorteras in i klichékatalogen? Min ambition var att visa att åtminstone de påståenden, som rubriken för den här inledningsuppsatsen implicerar, inte är floskler utan uttryck för fakta. Visserligen har utvecklingen pågått i decennier och det är troligen en klyscha att påstå att den sker i allt snabbare takt eller att vi just nu befinner oss i ett särskilt intensivt skede, i en brytningstid. I mellanmjölkens land, Sverige, går det mesta långsamt, mycket långsamt.

Men någonting har hänt och annat är på gång.

2.Domstolarnas växande roll i samhället

2.1Domstolsroll och privatisering i öst och väst

2.1.1Överord?

Redan under det slutande 80-talet, föreföll det tämligen riskfritt att förutspå att domstolarna skulle få en ökande roll i det svenska samhället. Den ledande forskaren i komparativ processrätt, Mauro Cappelletti, hade redan tidigare siat om "a profound, world-wide metamorphosis of the judicial process … a judicial process revolution", som bl.a. börjat ta sig uttryck i domarens "enormt" ökande roll som rättsskapare ("the law-making power of the judge"). Ytterligare nyckelord i sammanhanget var domstolarnas "constitutionalization" (särskilt lagprövning), "internationalization" och "socialization" ("access to justice").[2] Även om det kanske var fråga om överord framstod Cappellettis medryckande framställning ändå som ett adekvat uttryck för att det skett en utveckling och att den påbörjades för flera decennier sedan.

Under 1980-talet konfronterades så domstolarna med allt starkare strävanden efter privatisering, decentralisering, avreglering (drömmen om en helt fri marknad som dock paradoxalt nog tycks kräva särskilt ingående reglering). Dessa trender hade sedan en tid tagit sig allt starkare uttryck över stora delar av västvärlden, så också långt in i politiska partier på den vänstra planhalvan i det politiska spelet. En

[2]Se Studier s. 63 ff.

motsvarande utveckling hade börjat göra sig gällande även i det dramatiskt sönderfallande Östeuropa. Sådana processer — på sina håll kunde man (för ovanlighetens skull med rätta) tala om paradigmskifte eller något ännu mer omstörtande — kan mycket väl leda fram till en ökning av domstolarnas samhällsroll. Men följden kan också bli en minskning.

2.1.2Östeuropa och f.d. Sovjetunionen

I f.d. Sovjetunionen och Östeuropa exponerade det statssocialistiska systemets sönderfall behovet av starka och oberoende domstolar. Man törs nog påstå att utvecklingen (sakta) gått och fortfarande rör sig i riktning mot att åstadkomma detta.[3] Rättsstatstänkandet förutsätter välfungerande och självständiga domstolar. Straffprocessens uppgift är då kanske minst lika mycket att bereda medborgarna skydd mot övergrepp från statsmakten som att vara ett repressivt verktyg i brottsbekämpningen (nedan avsnitt 3.2). Och domstolarnas roll att vara ett forum för privat fredlig tvistlösning inom civilprocessens ramar växer i samma mån som allt mer förs över från statligt till privat ägande, byråkratierna monteras ner och marknaden ges mera spelrum.

Utgångsläget vid den östeuropeiska desintegrationen — en märklig antites till den accelererande samtidiga västeuropeiska integrationen — var förvisso inte sådant att de redan existerande domstolarna kunde tillgodose behov av dessa slag. Rättsstatstänkande, privatisering och avreglering hade det tidigare inte varit tal om (eller ens tillåtet att tala om) i de kommunistiska staterna. Så uppstod där ett starkt tryck för en expansion av domstolarnas makt och samhällsroll i både brottmål och tvistemål.

2.1.3USA

Privatisering, avreglering och decentralisering stärkte alltså domstolarnas ställning österut. Men utvecklingen i USA under 1980-talet kan tjäna som exempel på att sådana inslag även kan leda till motsatsen, till en krympande roll för domstolarna. Så var också, för att begagna ett understatement, utgångsläget ”over there” ett helt annat. Att se domstolarna som ett skydd mot övergrepp, inte bara från medborgarna utan även från statsmakten, har förvisso gamla anor inom den anglo-amerikanska rättssfären. Och konstitutionellt har domstolarna i USA alltid stått starka gentemot den lagstiftande och den verkställande makten. Det gör de fortfarande.

Vad gäller brottmålen kan man knappast påstå att de skett någon större förändring, utom ett ökande intresse för brottsoffrens ställning.[4] Brottmålsprocessen låter sig ju knappast privatiseras tillbaka till nävkamp, även om en hel del kan göras och gjorts för att föra bort

[3]Betr. förändringarna inom rättsväsendet i Ryssland under senare år, se artikel i Advokaten Nr 2, 2004, s. 11 ff.
[4]Se Progressiv process s. 189 ff., jfr Bogart (nedan not 8) s. 190 ff.

prövningen från domstolarna.[5] Men i civilprocessen var det annorlunda. Privatiseringen i samhället var redan på 1980-talet så långt driven att man tycker att det inte kunde återstå så mycket att göra. En uppmuntrande inställning till privatprocessen som marknadsregulator borde, tycker man, ligga väl i linje med de internationella privatiseringsströmningarna. Ändå brukar man kontrastera ”the new dealers”, Roosevelteran och ”the Spirit of 1938” (det år när man införde The Federal Rules of Civil Procedure med en positiv, expansiv, syn på civilprocessen) med ”the Spirit of the 80s”, karaktäriserad av ”privatization and the new formalism”. Dess slagord kopplas då till krav på avreglering och decentralisering och försök att *minska* domstolarnas roll, särskilt antalet tvistemål, vid de allmänna domstolarna. Det skedde mot följande bakgrund.

På 60- och 70-talen hade en ”ny” typ av process — ”public law litigation” (PLL) och ”public interest litigation”[6] — vuxit sig allt starkare. Domstolarna utnyttjades som fora för, ofta altruistiska, strävanden att nå rättvisa och rättsutveckling för hela grupper av medborgare på ”nya” fält som konsument- och miljörätten, liksom inom området för mänskliga rättigheter (olika former av diskriminering, fångars rättigheter etc.). Det handlade om enskilda medborgare och privata organisationer, men ibland också statliga myndigheter, som processade i offentligt intresse; avsikten var inte ens alltid att vinna utan kanske lika mycket att exponera samhällsproblem och verka opinionsbildande för förändringar på judiciell eller legislativ väg.

Politiska stämningar i samhället under och efter Vietnamkriget, avspeglade även i utnämningarna av processpositivt inställda domare ända upp i USA:s högsta domstol, medverkade till att rättegången inte bara användes och sågs som ett medel för att uppnå individuell kompensation och reparation. Det handlade vid PLL i första hand om att åstadkomma handlingsdirigering, prevention och framtidsinriktade förändringar för medborgarna, ibland också i form av sådan representativ process som ”class actions” (enskild grupptalan) utgör det kanske mest kända exemplet på.[7] En dylik prospektiv domstolprocess ansågs på somliga områden vara en mer framkomlig väg — enligt vissa dock mindre framgångsrik och mer tidskrävande[8] — än lagstiftningsprocessen för att nå vissa samhällsmål, särskilt då det gällde att tillgodose nya typer av gruppanspråk av det slag som flöt upp i det postindustriella massifikations- och tjänstesamhällets kölvatten. Men

[5]Här kan nämnas avkriminalisering, ibland kopplad till privata avgiftssystem eller sanktionsavgifter, ordningsbot, strafföreläggande, nedläggning och begränsningar av förundersökning och åtal, ordningsbot, ”processuell samverkan” (plea bargaining) etc., jfr Studier s. 85 not 3.

[6]Se betr. det sistnämnda Gunnar Strömmer, Den nya rättighetsrevolutionen, 2002.

[7]Se vad gäller PLL och class actions min bok Grupptalan, 1989 (citeras Grupptalan), s. 440 ff.

[8]Se W.A. Bogart, Courts and Country, Toronto 1994, jfr nedan i avsnitt 4.2 och avsnitt 5.

även den klassiska individualistiska retrospektiva civilprocessen — med sikte enbart på parterna och med främsta syfte att återställa käranden i hennes genom den påstådda rättskränkningen förlorade jungfruliga tillstånd — tycktes expandera. Civilprocesserna blev fler och dessutom större. Man började tala om en kris vid domstolarna.

Amerikanernas traditionellt stora processbenägenhet har många orsaker. Invandrarnas nedärvda negativa erfarenheter av att lita till övermakten (en dirigistisk statsmakt, kyrkan, starka skråbildningar och korporationer etc.), den dyrbara frigörelsen från de europeiska kolonialmakterna och inbördeskriget samt därav följande höga anspråk på lokal och personlig självständighet och antifederalism, allt detta kan ses som förklaringar till en grundattityd som prioriterar system där var och en tillvaratar sig sin egen rätt — och inte tål någon orätt — utan att be storebror eller storasyster om hjälp. Det var och är upp till var och en att själv ta striden. När samhället utvecklats flyttade (inte alltid men ofta nog) The Gun-Fight at OK Corral in i domstolar med en ackusatorisk process och starkt lekmannainflytande, så även i tvistemål. Det är parterna som agerar och juryn som bestämmer, inte bara i skuldfrågan i brottmål utan även t.ex. skadeståndens storlek i tvistemål.

Det är mot denna historiska bakgrund den höga amerikanska processbenägenheten och den kärandevänliga civilprocessens utformning och kringreglering skall förstås. Det gäller t.ex. reglerna om ansvar för rättegångskostnader (kvittning som huvudprincip), avsaknaden av alternativa sätt att nå reparation och prevention samt den extrema skadeståndsrätten med skyhöga skadestånd fixerade av juryn. Av lika stor betydelse är överskottet på advokater och deras entreprenöranda (”ambulance chasers”) samt systemet att kärandeombud tar på sig de löpande kostnaderna och får betalt endast vid framgång, men då desto fetare i form av provisionsarvoden (”contingent fees”) på bortåt en tredjedel av de ofta väldiga skadeståndsbeloppen. Till det kommer bl.a. låga krav på stämningsansökningarna kopplade till generösa möjligheter att ändra talan samt extrema möjligheter att avkräva motparten uppgifter under förberedelsen (”pre-trial discovery”). Det var och är jämförelsevis lätt och riskfritt att gå till domstol för att utkräva sin rätt.

När vi kommer fram till slutet av 1980-talet ansågs det särskilt inom näringslivet att man hamnat i en alltför hög processbenägenhet — ”the litigation explosion” — med stora ekonomiska insatser och risk för betydande good-willförluster för svarandena. Käranden stod inte för några kostnader, ens vid förlust, medan advokaterna kunde (och kan) tjäna in en årsinkomst, eller mer, på en enda framgångsrik process.[9] Systemet kunde, sade man på en del håll, utnyttjas för chikanösa rättegångar och ”legal black-mail”. Endast en bråkdel av det stora antalet civilprocesser ledde fram till dom (vilket dock är det normala i

[9]Se Grupptalan s. 163 ff. samt Progressiv process s. 386 ff. och 414 ff.

alla länder); de flesta avslutades med feta förlikningar, ibland kanske i främsta syfte att undvika negativ publicitet.

Det rådde och råder förvisso ej enighet om hur det låg till med ”the litigation explosion” och ”legal black-mail”; många ansåg att det i stor utsträckning var fråga om myter och att processökningen var en naturlig följd av samhällsutvecklingen.[10] Men inom delar av näringslivet och bland republikanska politiker beskrev man den kärandevänliga civilprocessen som en allvarlig och alltmer hotfull ”competitive disadvantage” på marknaden, både hemma och utomlands. Presidenterna Nixon, Reagan och Bush (sr) och deras administrationer, i det sistnämnda fallet ofta företrädd av vicepresidenten Quayle, deklarerade klara ambitioner att minska processandet, så t.ex. genom upprepade mordförsök på den offentliga rättshjälpen och ett (genom bl.a. domarutnämningarna) reducerat stöd för ”public law litigation” på miljö-, konsument- och diskrimineringsområdena, liksom genom minskade offentliga initiativ till civilprocess inom de nyssnämnda rättsområdena. Man lyckades också, på längre sikt, genom domarutnämningar åstadkomma en motsvarande attitydförändring ända upp i Högsta domstolen.[11]

Intresset att tona ner civilprocessens kärandevänliga och därmed processtimulerande drag tog sig även uttryck i förslag till förändringar i reglerna om rättegångskostnader (ansvar för motpartskostnader, ombudsansvar vid ogrundad process m.m.) och för själva förfarandet: stopp för excessiv ”discovery” och minskad användning av ”expert witnesses”, högre krav på precision i stämningsansökningarna, minskade möjligheter att ändra talan under processens gång, smärre justeringar av class actioninstitutet osv. Samtidigt förordades — trots välartikulerade protester från vissa håll[12] — allt kraftigare utökad användning av alternativ tvistlösning utanför domstolarna (ADR). Den statliga civilprocessen framställdes som något skadligt (för näringslivet) och borde undvikas.[13] ADR blev ett mantra som fortfarande alltför okritiskt mumlas världen över.

Idag kan man konstatera att det hittills inte blivit mycket av de tänkta lagändringarna beträffande förfarandet;[14] även i USA är reformtakten oftast betydligt beskedligare än reformkraven. Ropen om ”litigation explosion” och ”crisis” förefaller ha dämpats. Man verkar däremot ha lyckats vad gäller strävan efter en utveckling av den alter-

[10]Se min uppsats i Law and Reality, Essays on National and International Procedural Law in Honour of Cornelis Carel Albert Voskuil, Dordrecht 1992, s. 201 ff.
[11]Jfr dock betr. ordförandena i den amerikanska högsta domstolen Nycander nedan not 79.
[12]Se särskilt Owen Fiss, Against settlement, 93 Yale Law Journal (1973) s. 1073 ff.
[13]Studier s. 88.
[14]Se Studier s. 86 ff. och senast Oscar G. Chayes, Reflections on Civil Procedure Reform in the United States: What Has Been Learned?, What Has Been Accomplished? (rapport till symposiet ”Le Riforme del Processo Civile in Diritto Comparato”, Juridiska fakulteten vid universitetet i Florens, 12–13 december 2003, under publicering).

nativa (privatiserade) tvistlösningen; liksom i Sverige är det en lönsam bransch och här fungerar marknadskrafterna effektivt. Även utplåningen av den offentliga rättshjälpen och minskningen av statligt initierad ”public interest litigation” verkar tidvis ha åstadkommit en viss dämpning.[15] Ändå törs man nog påstå att domstolarnas centrala betydelse i USA är så gott som orubbad. Man kan visserligen inte tala om en växande roll, kanske snarare om en försiktig krympning i privatiseringstrendens kölvatten. Detta skall dock ses mot bakgrund av domstolarnas oerhört starka position i utgångsläget. Men intressant är att domstolarnas roll har blivit ifrågasatt och då främst av högerpolitiker och marknadsförespråkare som, märkligt nog, mera tycks se civilprocessen som ett hot mot, än som ett privatiserat skydd för, det seriösa näringslivet och den fria marknaden.

Privatisering, avreglering och decentralisering leder alltså till krav på ökad domstolsmakt i tidigare socialistiska stater; ”högervridningen” i Östeuropa och f.d. Sovjetunionen har resulterat — och kan förväntas fortsätta att leda till — starkare domstolar. I extrema marknadsekonomier, som t.ex. USA, verkar däremot motsvarande trender få en motsatt, men mera begränsad, dämpande effekt på domstolarnas roll i samhället.[16]

2.2Domstolsroll och privatisering i Sverige

Hur skall man då beskriva den svenska utvecklingen? Har domstolarnas roll växt eller krympt och vad kan vi förvänta oss framöver? Kan man se några samband med den politiska utvecklingen?

Efter ett under flera decennier så gott som obrutet socialdemokratiskt maktinnehav kunde man i samband med den borgerliga valsegern 1991 konstatera att utgångsläget var helt annorlunda än i USA när privatiseringsvågen närmade sig de svenska kusterna. Vid maktskiftet var domstolarnas samhällsroll i Sverige närmast förkrympt. Detta låg av allt att döma helt i linje med den förda socialdemokratiska politiken. En blandning av demokratiska maktfördelningsargument, politiska jämlikhetsprinciper, en stark tro på statlig tillsyn och kontroll samt på de stora organisationerna som primära verktyg för påverkan och kompensation, en till en början säkert befogad misstänksamhet mot domstolarnas och domarkårens entusiasm för att medverka i den av socialdemokraterna tidigare eftersträvade samhällsomdaningen, allt detta och mycket därtill[17] medverkade till att de svenska domstolarna — trots det vid en internationell jämförelse be-

[15]Jfr betr. sambandet mellan statliga initiativ och privatprocess i form av class actions Bryant Garth m.fl. i 61 Southern California Law Review (1987) s. 301 ff.

[16]Påståendet förutsätter dock att man tillåter sig att helt brutalt sätta likhetstecken mellan vänster och demokrater och mellan höger och republikaner. Självfallet är verkligheten inte så tvådimensionell.

[17]Så t.ex. den svarandevänliga, närmast processavskräckande, civilprocessen (höga rättegångskostnader med ansvar för tappande part, höga krav på stämningsansökningarna, begränsade möjligheter att ändra och komplettera talan osv.).

tydande antalet domare — sedan decennier utövade ett betydligt mindre inflytande i vårt samhälle än i många andra länder.

Man kan säga att medan medborgarna i USA varit obenägna att tilldela den lagstiftande och verkställande makten en helt dominerande ställning och därför satsat på domstolarna, hade i Sverige statsmakten varit obenägen att ge domstolarna en växande roll och i stället satsat på lagstiftning, förvaltning i form av statlig tillsyn och kontroll samt på de stora organisationerna. Betecknande är den färdriktning som justitieminister Lennart Geijer angav redan vid Domstolsverkets invigning i november 1975: målet var att begränsa antalet processer i såväl brott- som tvistemål. För detta talade enligt Geijer både statsekonomiska och mänskliga hänsyn, liksom behovet av att ge domstolarna arbetsro.[18]

Det är lätt att raljera över detta ministerutspel och man kan förvånas över att det över huvud taget framfördes. Läget framstod ju ur ett internationellt perspektiv redan som gynnsamt då det gällde att hålla processandet på en låg nivå, åtminstone i tvistemål. Nästan alla de faktorer som ovan angetts som förklaringar till den höga amerikanska processbenägenheten (den historiska bakgrunden, bristen på alternativ, lekmannainflytandet, kostnadsreglerna, civilprocessens kärandevänliga utformning, advokatrollen etc.) lyste här med sin frånvaro, eller snarare med sina motsatser. Visserligen befann sig rättshjälpen fortfarande i ett uppbyggnadsskede och överträffade redan de möjligheter man hade i de flesta andra länder. Men denna uppåtgående kurva skulle snart nog vända neråt så att den svenska rättshjälpen idag snarare utgör en skamfläck än ett föredöme. Det omfattande socialförsäkringsliknande processtöd som bl.a. statsrådet Geijer medverkade till att skapa har nu — i nästan totalt politiskt samförstånd — till dominerande del förts över till snåla privata rättsskyddsförsäkringar, kanske som ett omedvetet pilotprojekt i den begynnande marschen ut ur socialförsäkringssystemen och folkhemmet.

För övrigt kan man dock fram till idag även se en långsam övergång från en renodlat liberalindividualistisk processyn fram mot en mer ”social” civilprocess. Men dessa förändringar skedde till övervägande del utanför den liberala och individualistiska rättegångsbalken, t.ex. genom inrättande av specialdomstolar och andra prövningsorgan med (alltför?) stark representation för gruppintressen, den nyss nämnda utvecklingen — numera tyvärr vänd i sin motsats — av den allmänna rättshjälpen och den för ett år sedan införda lagen om grupprättegång vid allmän domstol och miljödomstol.[19]

Alltnog, i slutet av 1980-talet kunde de allmänna domstolarnas samhällsroll efter några decennier av socialdemokratiskt maktinnehav bäst beskrivas som förkrympt. Trots, eller på grund av, att vi befann

[18]Se Studier s. 50.
[19]Se Studier s. 90. Betr. frågan om rättegångsbalken är liberal eller social, se Lindblom i SvJT 2002 s. 531 ff.

oss i detta bottenläge fanns det för drygt ett decennium sedan goda skäl att förutspå att domstolarna skulle spela en växande samhällsroll under återstoden av det förra årtusendet och att expansionen skulle fortsätta åtminstone en bit in på det nuvarande. Prognosen grundades inte enbart på att det just skett ett regeringsskifte och att man på borgerligt håll föreföll betydligt mer positiv till domstolsprövning (även lagprövning vid domstolarna), inte heller på att om man befinner sig på botten kan det bara gå uppåt. Till det kom den ökande lagstiftningstakten och, kanske ändå mer, lagstiftningstekniken med ramlagar och generalklausuler (”vag lag”) samt det ökande inslaget av regler om mänskliga rättigheter i grundlag och internationella konventioner; allt detta är inslag som förutsätter domstolsprövning för sin konkretisering. Lagstiftaren ger domstolarna en växande ”politisk” roll genom denna delegation av rättsutfyllnad och ibland även rättsskapande.

I Sverige kunde, i motsats till i USA, också den ökande privatiseringen, avregleringen och decentraliseringen förväntas bidra till en växande domstolsroll och detta på två sätt. Dels medför avvecklingen av statligt och kommunalt ägande en överföring av tvister från förvaltningsmyndigheter till de allmänna domstolarna. Dels leder en minskning, eller åtminstone uppbromsning, av offentlig tillsyn och kontroll på t.ex. miljö- och konsumentområdena till att ansvaret skjuts över på marknadens aktörer själva. Man litar till självkontroll i företagen och ökade inslag av ”citizens’ enforcement”; ”vigilant individuals” hänvisas att vid kränkningar själva gå till domstol i stället för att be om hjälp hos statliga verk och ombudsmän eller via sina organisationer.

Den faktor som framstod som viktigast när det gällde att förutspå en växande domstolsroll var dock det så kallade närmandet till Europa. Införlivandet av EKMR med svensk rätt 1994, samarbetet med EG och sedermera anslutningen till EU medförde som väntat att juridiken och domstolarna fick en växande roll. Man började ta Europadomstolen på allvar även inom det socialdemokratiska partiet som, med korta avbrott, fortsatte att vara statsbärande. Frågor om mänskliga rättigheter och lagprövning lyftes fram i både grundlag och domstolarnas vardag och man tvingades skapa ökade möjligheter till domstolskontroll av förvaltningen (t.ex. genom rättsprövningslagen). Till det kom den expanderande EG-rättens direkta och överordnade effekt som ju inte bara kanaliseras via EG-domstolen i Luxemburg utan även genom den nationella domstolsorganisationen, då i princip utan tillämpning av det uppenbarhetsrekvisit som gäller vid lagprövning enligt regeringsformen. I denna mening kan man hävda att numera alla svenska domstolar är EG-domstolar.[20]

Man kunde också på ett mer allmänt plan förutspå att ”europeiseringen” skulle leda till en ökad roll för domstolarna eftersom juridik

[20]Jfr Studier s. 436 och Anne Ramberg i Advokaten, oktober 2003 s. 5, betr. uppenbarhetsrekvisitet se vidare nedan vid och i not 44.

och juridiskt beslutsfattande i allmänhet, och domstolsprövning i synnerhet, traditionellt intar en starkare ställning i (de flesta) EU-länderna än dittills hade varit fallet i Sverige. Det talades om politikens juridifiering och om juridikens politisering, vilket ju är ungefär samma sak. Politikerna var på vissa håll tacksamma, i andra läger helt enkelt tvungna, att kunna kläda eller förkläda alltfler svåra värderings- och avvägningsproblem i lagdräkt och överlåta de obehagliga besluten (om t.ex. Barsebäck, Öresundsbron och Dennisplanen) till domstolarna. När sedan domstolarna ibland fullföljde dessa beställningar med en annan utgång än den väntade var förtjusningen inte alltid stor, inte ens bland de politiker som länge förespråkat ökad domstolsmakt. Maktökning på ett håll betyder oftast maktminskning på ett annat och få släpper med glädje makten ifrån sig.

Det var alltså många faktorer som talade för att de svenska domstolarnas samhällsroll skulle öka. Men det var också en del som talade emot en sådan utveckling eller som åtminstone skulle kunna medföra en dämpning av ökningen, och nya sådana inslag har tillkommit. Jag tänker då t.ex. på socialdemokraternas minskade men bestående motvillighet, det ökande intresset för alternativ tvistlösning, privatiseringen av den allmänna rättshjälpen, Europadomstolens och EG-domstolens överordnade ställning samt större avstånd till domstolarna till följd av en successiv omstrukturering av domstolsväsendet men bland annat nedläggning av ett antal tingsrätter. De tillväxtbefrämjande faktorerna dominerade dock helt klart och jag tror inte heller att färre och starkare förstainstansdomstolar skall behöva innebära någon försvagning av domstolarnas samhällsroll, snarare tvärt om.

2.3Maktdelning — ett olympiskt nollsummespel?

Att de svenska domstolarnas samhällsroll skulle växa fram till millennieskiftet kunde alltså förutspås redan i slutet av 1980-talet. Idag kan man konstatera att spådomarna i stort sett har slagit in. Det är visserligen möjligt att en minskning av processandet kan ha skett på några rättsområden (kanske t.ex. större affärstvister, familjemål och trafikmål) inom ramen för en mycket försiktig ökning totalt sett, om man nu kan tala om en kvantitativ ökning över huvud taget. Viktigare är den kvalitativa tillväxten i form av större och mer komplicerade mål och nya måltyper. Maktförskjutningen till domstolarna är tydlig, inte minst till följd av massmedias ökade fokusering på rättegångar. Internationellt har varnande rop för en fortsatt utveckling i samma domstolsdominerande riktning redan börjat höras (se nedan avsnitt 5). Några dramatiska förändringar är det dock än så länge inte fråga om i vårt land.

Statsmakten är traditionellt tredelad. Att två av delarna är den lagstiftande och den verkställande makten — i trängre mening riksdag och regering — torde de flesta vara överens om. Däremot får man fortfarande olika svar om man frågar t.ex. juris studerande vad som

menas med den tredje statsmakten. Vissa (utomlands nästan alla) svarar den dömande makten, i Sverige säger de flesta pressen, massmedia.[21] Betecknande för domstolarnas sakta växande roll är att alltfler numera svarar domstolarna även i vårt land. Men det betyder inte att massmedia förlorat i inflytande. Tvärt om är det nog till stor del den ökande uppmärksamhet domstolar och rättegångar ges i massmedia inte bara en verkan av utan även en orsak till utvecklingen. Också media har otvivelaktigt ännu större betydelse i samhället idag än för ett halvsekel sedan. Det är tydligen inte från det hållet domstolarna hämtat sitt makttillskott.

På bekostnad av vad eller vem sker då maktförskjutningar av det här slaget? I konstitutionella sammanhang talar man ofta om maktdelning. Som lekman frågar man sig om ordet maktdelning betyder att dela *upp* makten i vattentäta skott eller att dela *med* sig, att dela *ut* makt åt varandra. Termen maktdelning förefaller komma till användning på båda dessa sätt. Men man måste rimligen först dela upp något innan man kan dela med sig. Även om vi i Sverige aldrig haft någon strikt ”separation of powers” i Montesquieus anda kan man se en förskjutning mot något som kallats ”balance of powers”, ett postmontesquieuskt system byggt på ömsesidighet i form av ”reciprocal checks and controls”.[22] Domstolarnas ökande politiska roll, de växande ”politiska” uppgifterna att kontrollera både lagstiftaren och den verkställande makten, kan ses som exempel på att det finns överlappningar mellan maktreviren och att domstolarna, om än själva kontrollerade, får nya kontrollerande funktioner trots den tanke på folkstyre som präglar regeringsformen. Liknande överlappningar finns inte bara mellan de tre traditionella statsmakterna utan även mellan andra starka maktcentra i samhället, som t.ex. massmedia, marknaden, näringslivet och de stora icke-statliga organisationerna.[23] Man ser framför sig ett antal olympiska ringar. Ringarna kan inte skiljas åt, de inringar egna fria fält, men de överlappar också, går i och ur, varandra.

Så länge den totala statsmakten är oförändrad — eller minskar — i förhållande till privata maktcentra i samhället kan makt(för)delningen mellan de tre statsmakterna uppfattas som ett nollsummespel. Om domstolarnas samhällsroll ökar sker det i så fall på den lagstiftande och/eller den verkställande maktens bekostnad. En av maktringarna — vilken färg den har vill jag låta vara osagt — är domstolarna. Numera både överlappar och överlappas den av lagstiftningens och den verkställande maktens ringar. Det märks redan då domstolarna fullgör sina traditionella samhällsuppgifter. Vilka dessa är har

[21]Betr. bakgrunden till den svenska uppfattningen att det är massmedia som är den tredje statsmakten se Johan Hirschfeldts ovanligt intressanta och fullmatade fotnot 2 i SvJT 2004 s. 98. I Storbritannien kallas pressen ”the fourth estate”.
[22]Jfr Studier s. 69 och Hirschfeldt a.st.
[23]Betr. ”NGO:s” roll på den internationella arenan se Anna-Karin Lindblom, The Legal Status of Non-Governmental Organisations in International Law, diss. Uppsala 2001.

skymtat fram i diskussionen ovan. Bryter man ner domstolarnas växande och komplexa samhällsroll i sådana konkreta uppgifter, i processens funktioner vid allmän domstol och förvaltningsdomstol i olika måltyper, får man bättre underlag att bedöma om och på vilket sätt domstolsrollen vuxit i betydelse. Man kan då också se om det tillkommit några nya uppgifter. Ett försök till en sådan dekonstruktivistisk funktionskonkretion görs i de avsnitt som följer.

3.Processens traditionella funktioner [24]

3.1Civilprocessen

Civilprocessens primära och övergripande funktion är att på både det allmänna och det enskilda planet bidra till ett maximalt *genomslag* för värderingarna — ändamålen — bakom den materiella lagstiftning som är aktuell i målet. Processen är ett annex till lagstiftningen.

På det *allmänna* planet sker detta genomslag i form av *handlingsdirigering, dvs. styrning, (ofta) prevention*, som i sin tur uppnås genom ”yttre tvång” i form av ekonomisk avskräckning (”cost internalization”) och/eller frivilligt genom moralbildning (”inre tvång”).[25] På detta allmänna plan är rättegången inriktad på svaranden och, framför allt, på hans likar (dvs. på oss alla); målet är att bidra till att medborgarna handlar i enlighet med lagstiftningens ändamål. Processen är alltså prospektiv och siktar mer till att finna sanktioner med denna avsedda påverkanseffekt än att på öret bestämma det belopp som bäst motsvarar den rättskränkning som drabbat käranden.

Handlingsdirigeringen sker enligt min uppfattning mera genom att kunskap finns och vidmakthålls om att det existerar en välfungerande sanktionsmekanism knuten till lagstiftningen än genom att kännedom sprids om enstaka processer och hur de avgjorts. Styrningen avser således inte enbart, eller ens i första hand, ändamålen bakom just de materiella lagregler som är aktuella i den enskilda rättegången. Handlingsdirigeringen avser lagstiftningen i dess helhet; ”det är lika bra (skönast och mest lönsamt) att rätta sig efter vad som gäller”. I ett utopiskt utvecklingsskede behöver domstolarna inte ens träda i konkret funktion i enskilda fall. Ett effektivt försvar måste inte gå i strid för att fylla sin funktion; tvärt om har det bäst fullgjort sin uppgift om det inte behöver komma till användning. Samma funktionsparadox gäller för civilprocessen såvitt avser handlingsdirigeringen.

På det *enskilda* planet syftar civilprocessen till *reparation, dvs. kompensation* och *konfliktlösning* mellan parterna i processen. Processen är då retrospektiv och inriktad på käranden. Det gäller att gå tillbaka och finna exakt den kompensation som motsvarar den påstådda rättskränkningen. Men i så måtto är processen prospektiv att konflikt-

[24]Betr. sanningssökande, trygghet, rättsskydd etc. som processens mål, se Progressiv process s. 58 ff. och 198 ff.
[25]Jfr betr. straffprocessen nedan avsnitt 3.2.

lösningen i det aktuella fallet kan underlätta och påverka parternas framtida inbördes förhållanden.

Frågan om civilprocessen funktion är omstridd och har tidigare setts som en kamp mellan dessa båda synsätt: handlingsdirigering *eller* konfliktlösning. Man bör dock notera att modellerna inte är polära utan snarare förutsätter varandra. Det går inte — innan vi nått Utopia — att uppnå handlingsdirigering om det saknas realistiska möjligheter för medborgarna att väcka talan för att kräva kompensation. Och den allmänna handlingsdirigeringen sker genom konfliktlösning i de enskilda fallen. Det handlar om funktionernas interaktion, om en korsbefruktning mellan handlingsdirigering och konfliktlösning. Klart är dock att utformningen och tillämpningen av regelsystemet ibland påverkas starkt av vilken funktion man vill prioritera.

I litteraturen lyfter man numera fram ytterligare ett par civilprocessuella funktioner utöver de två just nämnda. Båda är i viss mening politiska. Det gäller då processens kontrollfunktion samt domstolarnas rättsskapande verksamhet. Ingen av dem kan utan vidare sorteras in under den övergripande genomslagsfunktion som nämndes ovan. Det handlar nämligen inte om genomslag för ändamålen bakom den i målet aktuella materiella rätten utan om genomslag för normer av högre (eller sidoordnad) valör och om skapande av ny rätt.

Med *kontrollfunktionen*, som kan delas upp i två former, avses kort sagt lagprövning (”judicial review”) i vid mening och laglighetsprövning (”administrative review”), dvs. domstolskontroll av *lagstiftaren* respektive av *den verkställande makten*. Inom civilprocessen aktualiseras dock endast undantagsvis kontroll av den verkställande makten; den uppgiften ligger på förvaltningsdomstolarna, t.ex. genom prövning enligt rättsprövningslagen och laglighetsprövning inom kommunalrätten.

Det är den nationella lagstiftaren (riksdagen, politikerna) som kontrolleras genom lagprövning i snäv mening vid de allmänna domstolarna, dvs. vid prövningen av att den i målet aktuella materiella lagstiftningen är förenlig med överordnade normer som grundlag. I princip detsamma gäller när en regel åsidosätts för att den strider mot EG-rätten eller vissa internationella konventioner, främst EKMR, som ju kan beskrivas både som över- och som sidoordnade med företrädesrätt. Den ursprungliga nationella regeln åsidosätts då till följd av vertikal subordination i förhållande till EG-rätten eller EKMR eller, om man föredrar att se saken på det sättet, vid horisontell kollision med sådana regler. Det är den sortens normkontroll som jag inkluderar när jag använder uttrycket lagprövning i vid mening.

Gemensamt för den typ av normer som ligger till grund för domstolskontrollen är att de ofta är allmänt hållna och därför kan ge betydande spelrum för domstolarna vid tillämpningen. Visserligen handlar det även i dessa fall om att bidra till ett maximalt genomslag för värderingar bakom gällande regelsystem. Men nu gäller det, som

nyss nämndes, inte som vid handlingsdirigering och konfliktlösning den aktuella (i snäv mening) nationella materiella lagregeln; tvärt om är ju resultatet ett underkännande av denna och därmed av den nationelle lagstiftarens arbete i så måtto att regeln ej tillämpas i det aktuella målet. Med nationell regel i snäv mening menar jag då inte EG-rättsliga regler eller bestämmelserna i EKMR, trots att även dessa numera ingår i svensk rätt.

Laglighetsprövningen (”administrative review,” t.ex. rättsprövning) sker i överlappningsområdet mellan två av de olympiska ringarna, i det cirkelsegment som förenar den dömande och den verkställande makten. På motsvarande sätt sker lagprövningen (”judicial review” och EG–EKMR-rättsprövningen) i överlappningen mellan den lagstiftande och den dömande makten. I samma gemensamma cirkelsegment ryms domstolarnas *rättsskapande verksamhet*. Inte i något av dessa fall är det dock fråga om ett reviröverskridande utan pass; gränsövergångarna sker på delegation och ibland på uppmaning av lagstiftaren (i landet eller unionen).

Då det gäller den rättsskapande verksamheten sker ofta delegationen genom lagstiftningstekniken, genom att lagstiftaren valt ”vag lag” i nationell rätt (inklusive grundlag) eller EG–EKMR-rätt. Rättsskapandet kommer ibland till uttryck genom tillskapande av prejudikat, men detta är inte alltid fallet. Domstolarnas rättsskapande måste stundom ske även i underrätterna som inte kan visa ett mål ifrån sig av den anledningen att situationen inte är förutsedd av lagstiftaren eller löst i tidigare praxis. Och prejudikatbildning är inte alltid uttryck för rättsskapande; oftast handlar det om rättsklargörande eller rättsutfyllnad som inte utgör nyskapande utan främst bidrar till handlingsdirigering och konfliktlösning. Högsta domstolens prejudikatsbildning utgör således inte någon självständig processuell funktion utan kan i tvistemål sorteras in under någon av de fyra traditionella funktioner som berörts ovan: handlingsdirigering, konfliktlösning, kontroll och rättsskapande. Frågorna om dessa fyra traditionella uppgifter vuxit eller avtagit i betydelse och om det tillkommit ytterligare några civilprocessuella funktioner tar jag upp nedan i avsnitt 4.

3.2Straffprocessen [26]

Även straffprocessen kan uppfattas som utformad enligt två olika modeller, vartill kommer ytterligare ett par funktioner. Till stor del, men inte helt, är det fråga om samma fyra samhällsuppgifter som inom civilprocessen.

Kriminaliseringens syfte är att förebygga att vissa handlingar företas. Huvudmetoden är allmän avskräckning som uppnås (?) genom ett hot om tillfogande av obehag och genom att handlingen stämplas

[26]Se Studier s. 343 ff., Progressiv process s. 198 ff., Festskrift till Hans Gammeltoft-Hansen (ovan not 1) s. 411 ff., Bogart (ovan not 8) s. 190 ff. samt senast Johanna Niemi-Kiesiläinens uppsats i Festskrift till Lindblom, 2004, som jag dock ännu inte tagit del av när detta skrivs i februari 2004.

som socialt förkastlig. Kriminaliseringen är indirekt förknippad med internalisering av samhälleliga normer; den utgör en av de faktorer som skapar sociala vanor och bidrar därmed förhoppningsvis också till att medborgarna frivilligt och automatiskt handlar moraliskt. Däremot kan inte själva kriminaliseringen (men möjligen straffprocessen samt ådömande och verkställande av påföljd) motiveras med individuell avskräckning, försoning, brottsoffrets upprättelse etc.[27]

Om straffprocessen skall medverka till att man uppnår syftet med kriminaliseringen är således dess samhällsfunktion handlingsdirigering genom förstärkning av den avskräckning och moralbildning kriminaliseringen antas medföra. Några, t.ex. Ekelöf, tror — eller snarare hoppas — mest på moralbildning och frivillighet (inre tvång) som antas leda till automatiskt avstående från kriminella gärningar.[28] Andra avfärdar detta som kvasipsykologiskt önsketänkande och litar mera eller enbart till avskräckning genom hot om tvång eller kostnader (yttre tvång). Alla vet vi att både avskräckningen och moralbildningen har sina brister; styreffekterna är inte är särskilt imponerande. Men kriminalisering kan knappast undvaras helt och straffprocessen, liksom ådömandet av straff samt den åtföljande straffverkställigheten, är förutsättningar för att kriminaliseringen inte skall stanna på papperet. Därmed är dock inte sagt att brottsbekämpning är straffprocessens enda uppgift eller ändamål eller ens dess huvudfunktion (vilket dock varit det vanligaste synsättet i t.ex. kontinental, kanadensisk och tidigare svensk tradition). *Brottsbekämpningsmodellen* — ”the crime control model” — kallas ibland för *effektivitetsmodellen*.

Det förekommer även, särskilt i anglo-amerikansk doktrin men i stigande omfattning också i vårt land, att man primärt uppfattar straffprocessen som ett skydd mot felaktig maktutövning och repression från staten. Domaren skall leda förfarandet och, om förutsättningarna för det föreligger, givetvis fälla den tilltalade till ansvar. Men domarens viktigaste uppgift är att se till att den misstänkte inte blir föremål för onödiga tvångsingrepp samt att kritiskt värdera utredningen så att ingen oskyldig döms till ansvar och utsätts för straff. Förfarandet i brottmål måste vara utformat så att detta garanteras. Detta sätt att uppfatta straffprocessen funktion kallas ibland för *rättssäkerhetsmodellen* eller *legalitetsmodellen* (”the due proces model”).

Med en mycket grov förenkling kan man säga att brottsbekämpningsmodellen och ett inkvisitoriskt förfarande länge dominerat kontinental och östeuropeisk straffprocess medan rättssäkerhetsmodellen och en ackusatorisk process framhävts som mönster i anglo-amerikanska länder. I praktiken är dock skillnaderna inte så stora, trots att brottsbekämpnings- och rättssäkerhetsmodellerna i stor ut-

[27]Nils Jareborg i Skuld och ansvar. Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson, 1985, s. 2 f. och 28 (synpunkten inom parentes tillagd här). Jfr betr. moralskapande P.O. Träskman i JFT 1998 s. 353.
[28]Jfr Studier s. 121 f. med not 40.

sträckning är polära; vad som ges åt den ena måste då tas från den andra (t.ex. beträffande förutsättningarna för straffprocessuella tvångsmedel). För anhängare av båda gäller det att minimera antalet felaktiga domar, enligt brottsbekämpningsmodellen de felaktigt *friande* och enligt rättssäkerhetsmodellen de felaktigt *fällande*. Denna motsättning föreligger dock inte alltid. Det är tydligt att t.ex. regler som gynnar en god bevisföring och bevisvärdering är förenliga med båda modellerna. Och ett upprätthållande av rättsäkerhetsintressena bidrar till allmänhetens förtroende för domstolarna och därmed även till den brottsbekämpande funktionen.

För den som hyllar rättssäkerhetsmodellen är det att gå händelserna i förväg att tala om brottsbekämpning före fällande dom; fram till dess har den tilltalade enligt ”oskyldighetspresumtionen” laglig rätt att betraktas som oskyldig (art. 6.2 EKMR); processen kan därför inte vara brottsbekämpande. Vidare är det polisutredningen och förundersökningen som tjänar till att utreda om brott begåtts och i så fall av vem; ”domstolen är ingen sanningskommission”.[29] Det är så sant som det är sagt. Med det nyssnämnda kronologiska synsättet riskerar man dock — liksom vid kritiken av handlingsdirigeringsmodellen inom civilprocessen — att fokusera alltför snävt på den enskilda rättegången. Straffprocessen kan mycket väl fungera (även) som ett led i brottsbekämpningen om man ser till processen i stort, som samhällsinstitution. Och alla domar behöver inte vara fällande för att själva processen skall kunna verka avhållande — brottsbekämpande — på det allmänna planet. Det räcker att några är det och att allmänhetens förtroende för domstolarna upprätthålles.

Enligt min mening sänder artikel 6 EKMR ut dubbla budskap, åtminstone i länder som accepterar att målsäganden kan uppträda som part i brottmålet. För målsäganden (och möjligen för åklagaren) kan oskyldighetspresumtionen i art. 6.2, maximen ”in dubio pro reo” och andra allmänt accepterade uttryck för principen om ”favor defensionis”, framstå som oförenliga med kravet på opartisk domstol i art. 6.1 EKMR och i 1 kap. 9 § regeringsformen. Att den tilltalade skall betraktas som oskyldig ända fram till fällande dom betyder ju (oftast) att domaren skall utgå från att åklagaren har fel och att målsäganden inte är något brottsoffer. Jag har svårt att uppfatta detta som opartiskt. Det hyckleri garantin om opartiskhet således innefattar ställd mot oskyldighetspresumtionen (m.m.) aktualiseras i allt högre grad ju mer målsäganden släpps tillbaka in i straffprocessen. En sådan utveckling är sedan en tid tydlig världen över, t.ex. genom att målsäganden inte bara utnyttjas som förhörsperson utan även ges rätt att biträda åtalet och därmed bli part, får företrädas av målsägandebiträde, kan ställa frågor, plädera, yrka skadestånd, införa bevisning etc., allt möjligheter som redan föreligger enligt svensk rätt. Det skulle i det läget ligga bättre i linje med kravet på opartiskhet att den tilltalade under själva processen varken presumerades vara skyldig eller oskyldig och att en favor defensionis endast skulle tillåtas om

[29]Jfr Torleif Bylund, Tvångsmedel I, 1993, s. 38 f. Det citerade uttrycket har jag knyckt från advokaten Tomas Nilsson, Stockholm. Det skall dock påpekas att ”sanningsprincipen” fortfarande står stark i t.ex. finsk doktrin. Betr. sanningssökande som processuell funktion se Progressiv process s. 63 ff. och 198 ff.

den inte går ut över målsäganden som part. Givetvis behöver detta inte hindra att man bibehåller ett oförändrat högt beviskrav för fällande dom.

Så långt brottsbekämpnings- och rättssäkerhetsfunktionerna. Liksom inom civilprocessen kan man göra gällande att brottmålsprocessen även har en (politisk) kontrollfunktion, att genom *lagprövning* (i vid mening) tjäna som garant för att nationell strafflagstiftning inte utformas och tillämpas i strid med de över- eller sidoordnade normer som grundlag, EG-rätt och t.ex. EKMR ställer upp.[30] Lagprövningsfunktionen kan ibland ingå som en del i rättssäkerhetsmodellen.

Straffprocessens funktioner sammanfaller således i vissa delar, men inte i andra, med civilprocessens. Handlingsdirigering och lagprövning är gemensamma, men rättssäkerhetsmodellen saknar motsvarighet i tvistemål och konfliktlösningen uppfattas i allmänhet inte som en funktion i brottmål.[31] En annan skillnad är att den legalitetsprincip som i viss mån anses gälla inom straffrätten medför att processens *rättsskapande* funktion är mindre framträdande i brottmål än i tvistemål.[32]

I avsnitt 4 nedan tar jag upp frågorna om vilka straffprocessuella funktioner som vuxit i betydelse och om det förekommit någon funktionsförnyelse i brottmål.

3.3Förvaltningsprocessen

Frågan om förvaltningsprocessens samhällsfunktion är ytterst sparsamt berörd i förarbeten och doktrin.[33] Om man tillåter sig att spekulera fritt och jämför förvaltningsprocessens antagna samhällsfunktioner med vad som gäller för civil- och straffprocessen vid allmän domstol finner man vissa överensstämmelser. Numera anser jag att parallellerna med straffprocessen är de mest framträdande, åtminstone i t.ex. skattemål, körkortsmål och mål rörande tvångsomhändertaganden. Detta kan ses mot bakgrund av att parterna i processen inte som inom civilprocessen är två privata rättssubjekt. Det är, liksom i vanliga brottmål, staten eller annat offentligt organ som står mot den enskilde. Införandet av tvåpartsprocess vid förvaltningsdomstol rubbar inte i grunden detta förhållande; tvåpartsprocess har vi även i brottmålen.

Förvaltningsprocessen kan aldrig bli en civil-(privat)process i en rimlig betydelse av detta ord. Det känns därför ofta främmande att tala om konfliktlösning, kompensation och reparation som processens syfte vid förvaltningsdomstol. Dock har process rörande t.ex. socialbidrag och andra förmåner möjligen vissa sådana drag; det kan t.ex. handla om kompensation för ett socialt handikapp. Även här

[30]Betr. straffrätten se Petter Asp, EU & straffrätten, 2002.
[31]Se dock nedan i avsnitt 4.2. — Betr. en ”polyfunktionell straffprocess och en dekonstruerad funktionsstyrning”, dvs. att funktionsavvägningen kan variera t.ex. under olika stadier av processen, se Progressiv process s. 210 och 217 samt min uppsats i Festskrift till Hans Gammeltoft-Hansen (ovan not 1) s. 418 ff.
[32]Betr. legalitetsprincipen se Asp i Vänbok till Torleif Bylund, 2003 s. 55 ff.
[33]Se ett kort avsnitt (dock tyvärr författat av mig) i SOU 1994:99 Del A s. 47 f., jfr Anclow & Ragnemalm nedan vid nästa not.

kan man tala om genomslag för den materiella (förvaltningsrättsliga) lagstiftningen, dels i förhållande till offentliga beslutsfattare som får ett incitament att följa lagen, dels — och i minst lika hög grad — om ett genomslag till förmån medborgarna på det enskilda planet. I t.ex. skattemålen handlar det däremot främst om handlingsdirigering gentemot enskilda genom moralbildning och avskräckning på det allmänna planet, åtminstone i de fall då skattskyldigheten inte minskas genom domstolsprövningen.

Processens *övergripande* funktion kan således, precis som vid allmän domstol, sägas vara att bidra till ett maximalt *genomslag* för värderingarna bakom den materiella rätten (i detta fall förvaltningsrätten) och då i såväl betungande som i gynnande riktning. Liksom inom straffprocessen handlar det inom förvaltningsprocessen i stor utsträckning om en avvägning mellan *effektivitets*(brottsbekämpnings-) modellen och *rättssäkerhetsmodellen*, så t.ex. i skatteprocessen och i mål om tvångsomhändertaganden. Det är domstolens uppgift att medverka till en effektiv skatteindrivning och till omhändertagande av barn som far illa. Men förvaltningsdomstolen har också att tillvarata de enskildas rättssäkerhetsintressen gentemot det allmänna på sådant sätt att medborgarna skyddas mot ogrundade ingrepp i sin ekonomi, rådighet och frihet och får sina sociala rättigheter tillgodosedda. Förvaltningsdomstolarna är ”(f)ör vanliga människor … garanten för att de skall få vad riksdagen i sin lagstiftning tillerkänt dem och för att de inte skall tvingas eller hindras att göra annat än vad riksdagen bestämt”.[34]

Till uppgifterna att bidra till effektivitet och rättssäkerhet — samt i någon mån reparation — kommer att förvaltningsdomstolarna, liksom de allmänna domstolarna, har en (politisk) *kontrollfunktion*, eller rättare sagt två sådana: kontroll av lagstiftaren och av den verkställande makten. För det första utövar domstolen *lagprövning* i vid mening av i målet aktuella förvaltningsregler gentemot grundlag, EG-rätten samt internationella konventionsåtaganden, särskilt EKMR. I det sammanhanget har man anledning att erinra sig att EG-rätten till dominerande del är offentlig rätt, och följaktligen mycket oftare hanteras av förvaltningsdomstolarna än av de allmänna domstolarna.[35] Den andra reviröverskridande kontrollen sker gentemot den verkställande makten i form av *laglighetsprövning* av olika slag. Även denna kontrollfunktion aktualiseras betydligt oftare vid förvaltningsdomstol än vid allmän domstol. Rättsprövningslagen ger möjlighet att undanröja den verkställande maktens beslut, så även om de fattats i regeringen, och laglighetsprövning sker i betydande omfattning enligt 10 kap. kommunallagen.

Man kan se även förvaltningsbesvär vid förvaltningsdomstol (och inte bara laglighetsprövning enligt kommunallagen) som en form av

[34]Hans Ragnemalm och Per Anclow i SvD, Brännpunkt, den 28 september 2003.
[35]A.a.

domstolskontroll av den verkställande makten, i detta fall förvaltningsmyndigheterna. Kontrollen är då mer långtgående eftersom den inte bara gäller beslutens laglighet utan även ”lämpligheten”. I denna mening kan en del av verksamheten vid förvaltningsdomstolarna rubriceras som domstolskontroll av förvaltningen och därmed uppfattas som ett uttryck för en av processens kontrollfunktioner.[36] Men man kan också vända på steken och uppfatta förvaltningsdomstolarna som en (dock självständig) del av den verkställande makten i dessa fall.

Förvaltningsdomstolarna torde även utföra *rättsskapande* uppgifter i ungefär samma utsträckning som i tvistemål. ”Vag lag”, som tvingar fram inte bara tolkning och utfyllnad utan även rättsskapande, är ju inte mindre vanlig inom förvaltningsrätten än inom civilrätten. Liksom i brottmål torde dock utrymmet för rättsskapande vara störst då det är till fördel för den enskilde (gynnande avgöranden).

I avsnitt 4 nedan diskuterar jag om det förekommit funktionsökningar och funktionsförnyelse i förvaltningsprocessen.

Frågan om förvaltningsprocessens funktioner och kompatibiliteten med de allmänna domstolarnas uppgifter i dessa hänseenden kan komma att ställas på sin spets om man slår samman förvaltningsdomstolarna med de allmänna domstolarna. Dylika planer har luftats till och från under årens lopp men också motarbetats starkt av bl.a. somliga inflytelserika förvaltningsdomare. Frågan är nu åter högaktuell. Ett försiktigt närmande har ju redan skett över de gamla domstolsgränserna på det lokalmässiga och organisatoriska planet, t.ex. mellan vissa tingsrätter och länsrätter med gemensam chef och domartjänstgöring. Av allt att döma är erfarenheterna hittills goda.

Samboförhållanden brukar inte sällan utvecklas till permanent samlevnad i äktenskapsliknande former med inte bara bostad och ekonomin gemensamma. Att avskaffa alla olikheter mellan förfarandena vid allmän domstol och förvaltningsdomstol är självfallet ett stort och komplicerat reformprojekt men det är heller inte nödvändigt. Redan idag har vi olika slags mål och ärenden och därmed förfaranden inom båda domstolsorganisationerna. Skillnaderna i förfarandet har minskat under senare år, bl.a. till följd av ökade inslag av muntlighet vid förvaltningsdomstol och de pågående uppmjukningarna av principerna om muntlighet, omedelbarhet och koncentration vid allmän domstol. Processformerna närmar sig alltså varandra från båda hållen och den nya ärendelagen visar att gapet kan överbryggas vid en och samma domstol. Fortsatt satsning på flexibilitet och möjligheter till val mellan olika handläggningsformer förefaller vara den mest sannolika utvecklingen. Den konspiratoriskt lagde kanske rent av kan misstänka att den pågående självstympningen i Högsta domsto-

[36]Jag tackar jur. stud. Tobias Nolén för denna synpunkt (och för flera andra värdefulla påpekanden rörande manuskriptet). Själv har jag tidigare kanske alltför snabbt betraktat förvaltningsbesvären enbart som uttryck för förvaltningsdomstolens s.a.s. normala överprövningsverksamhet, ungefär som man inte ser det som en (”politisk”) kontrollfunktion att HovR och HD kan ändra TR:s domar.

len till en del sker i avsikt att bereda plats åt ett antal regeringsråd och därmed skapa en gemensam högsta nationell domstol.[37] Ytterligare rationaliseringar förefaller möjliga också vad gäller domstolarna i första och andra instans i den pågående omstruktureringen av domstolsväsendet.

Reformdiskussionen är intressant men genererar ibland mera hetta än upplysning. En antydan om hur känslig frågan är på sina håll får man när man läser vad ordföranden i Regeringsrätten, Hans Ragnemalm, och presidenten för Kammarrätten i Stockholm, Per Anclow, anförde i tidningsdebatten i höstas. De hävdade att sammanläggningsivern vilar på ”okunnighet” och ”cynism” och menade att en sammanslagning skulle drabba medborgarnas rättsskydd svårt. Deras avståndstagande var häftigt:

> ”Att vi i Sverige skulle återfalla i ett cyniskt överhetstänkande som i realiteten syftar till att hålla medborgarna borta från domstolarna finner vi ytterst betänkligt.”[38]

Även om domstolarnas yttersta funktion kan sägas vara att de aldrig skall behöva träda i funktion förstår jag inte varför en sammanslagen domstolsorganisation skulle vara uttryck för så destruktiva syften eller behöva få så negativa effekter som påstås i citatet.[39] Domstolarna har ju att i rättssäkra former svara för ”access to justice” i både reparativt och preventivt syfte. Det gäller i såväl brott- och tvistemål som i förvaltningsmål. Kanske skulle en sammanslagning rent av kunna bidra till en förbättring i detta avseende totalt sett genom att accentuera det medborgarperspektiv som regeringen framhävt allt mer under senare år i samband med reformeringen av rättsväsendet i allmänhet och de allmänna domstolarna i synnerhet. Beskyllningar om myndighets- och överhetsinställning (rentav översittarinställning) har såvitt jag vet tidigare främst drabbat förvaltningsmyndigheterna och därmed kanske också följt med in i förvaltningsdomstolarna.[40]

[37] Se min uppsats i SvJT 2004 s. 22 f.

[38] SvD Brännpunkt den 28 september 2003. Jfr däremot Lars Eklycke m.fl. i den mer återhållsamma repliken i tidskriften Advokaten november 2003 s. 22. Inlägget har titeln ”En enda domstolsorganisation skulle ha väsentliga fördelar”. Se även Domstolsväsendets framtidsgrupp i SvD, Brännpunkt, den 17 september 2003.

[39] Om man anser att förvaltningsdomstolarnas utredningsansvar och det enkla förfarandet där är de mest positiva dragen behöver ju inte en sammanslagning nödvändigtvis innebära att dessa inslag mönstras ut i de målkategorier där de idag förekommer och är berättigade. Även i en sammanslagen domstolsorganisation med få men starka domstolar kan man fortsätta att tillämpa skilda, men flexibla och överlappande, förfaranden i olika måltyper, liksom man idag gör i brottmål, tvistemål och ärenden vid allmän domstol. Till detta kan kopplas en ökad grad av specialisering av domarna inom den gemensamma domstolens ram, t.ex. i form av specialavdelningar.

[40] Jfr Progressiv process s. 239 med hänvisningar till bl.a. statsverkspropositionen. Se betr. medborgarperspektivet även t.ex. 1999 års rättegångsutredning i SOU 2001:103 s. 13 och 81.

4.Funktionsökningar och funktionsförnyelse

4.1Funktionsökningar

Jag har funnit att civilprocessen, straffprocessen och förvaltningsprocessens traditionella funktioner kan grupperas i fyra huvudkategorier: 1. genomslag för ändamålen med den materiella lagstiftningen på det allmänna planet (handlingsdirigering, *prevention*, brottsbekämpning och effektivitet), 2. genomslag på det enskilda planet (konfliktlösning, *reparation* samt rättssäkerhet i form av skydd mot övergrepp från statsmakten[41]), 3. *kontroll* av den lagstiftande och den verkställande makten (lagprövning i vid mening och laglighetsprövning) samt 4. *rättsskapande*. Vissa funktionsmodeller är (delvis) polära, andra samverkar. Så länge domstolarna har rimliga resurser behöver en förstärkning av en funktion inte alltid ske på någon annans bekostnad. Och även om antalet rättegångar inte ökar kan domstolsrollen växa kvalitativt genom att flera processer än tidigare är betydelsefulla. Vidare kan flera funktioner oftare aktualiseras i ett och samma mål och nya viktiga måltyper kan ersätta gamla som är mindre betydelsefulla.

Vilka av dessa fyra traditionella funktioner har då ökat och vilka har minskat i betydelse under senare år? Frågan om handlingsdirigering över huvud taget kan utövas genom domstolarna är väl till stor del en trosfråga. Min bedömning är att tron på civilprocessens, liksom skadeståndets, preventiva funktion snarare stärkts något på senare tid efter många år av starka ifrågasättanden, kanske särskilt i vårt land.[42] Svårare är det att finna entusiastiska predikanter för prevention via brottsbekämpning; skeptikerna har länge dominerat den statliga predikostolen och gör det fortfarande. Frågan är bara vad man anser vara mest utsiktslöst, att åstadkomma individual- eller allmänprevention.

Möjligheterna att genom civilprocessen uppnå genomslag för värderingarna bakom den materiella lagen på det individuella planet, dvs. reparation och enskild konfliktlösning vid domstol, har inte ökat på något påtagligt sätt. Tvärt om torde försämringarna i den allmänna rättshjälpen ha bidragit till att den som eftersträvar kompensation för en rättskränkning i högre grad än tidigare söker sig till t.ex. den statliga Allmänna reklamationsnämnden och olika former av privat alternativ tvistlösning eller helt enkelt ger upp sitt anspråk. Den nya lagen om grupprättegång innebär däremot ett principiellt viktigt steg mot förbättrad access to justice. Det gäller både i form av större möjligheter att nå reparativa effekter och i fråga om domstolens funktion att verka preventivt handlingsdirigerande inom t.ex. konsument- och miljörätten. Att det sannolikt blir fråga om endast ett fåtal grupprättegångar hindrar inte att de nya processmöjligheterna kan fylla betydelsefulla funktioner.

[41]Funktionerna överlappar ibland varandra, så t.ex. rättssäkerhetsfunktionen och kontrollfunktionerna.
[42]Se dock Diesen (nedan not 60 a.a.) s. 27 med hänvisningar.

Viktigt är nu att arbetet på förbättrad access to justice vid allmän domstol fortsätter. Den privatisering av statlig tillsyn och kontroll som påbörjades för flera decennier sedan (”citizens’ enforcement”, ovan avsnitt 2.2 och nedan avsnitt 4.2) framstår som ett legalt hyckleri om inte domstolsvägen är framkomlig när man hänvisar till den och begränsar möjligheterna för statliga och kommunala organ att agera i och utom process. Reell och jämlik access to justice är av stor vikt för den enskilde men även för processens handlingsdirigerande funktion; ”civilprocessen har ingen självstart”.

Även på brottmålsområdet kan processens reparativa och konfliktlösande funktion ha ökat något till följd av det stigande intresset för målsäganden och då inte enbart i ekonomiskt hänseende.[43] Jag återkommer till de reparativa aspekterna i vid mening i avsnitt 4.2.

Helt klart är att processens kontrollfunktioner har vuxit i betydelse i såväl brott- och tvistemål som vid förvaltningsdomstol. I tidigare upplagor av Ekelöfs stora arbete Rättegång var de inte ens omnämnda i diskussionen om processens samhällsfunktion. Nu kan de inte längre negligeras. Även om antalet mål med lagprövning i vid mening hittills varit begränsat vid allmän domstol är lagprövningen en processuell realitet. Kontrollfunktionernas betydelse kommer sannolikt att fortsätta att växa under kommande år. Intressant i det sammanhanget är att skillnaderna mellan lagprövning enligt RF 11:14 och kontroll mot EG-rätten verkar vara på väg att utjämnas s.a.s. från båda hållen. Man förefaller stundom inte längre ta lika hårt på uppenbarhetsrekvisitet i RF — det har till och med hänt att det inte ens omnämnts i samband med vad som framstår som lagprövning i Högsta domstolen — medan däremot ett uppenbarhetsrekvisit verkar vara på väg att smyga sig in (eller ha funnits med från början) i EG-domstolens praxis, trots att det saknas lagstöd för ett sådantkrav för att en nationell regel skall kunna åsidosättas.[44] Särskilt då det gäller förvaltningsdomstolarnas redan betydande kontrollfunktion finns det skäl att förutspå en expansion; här får det räcka att åter nämna EG-rätten och att påminna om att det fortfarande kan ifrågasättas om rättsprövningslagen uppfyller

[43]Se nedan avsnitt 4.2 och Diesen a.a. s. 23.

[44]NJA 2000 s. 132 är av intresse i det sammanhanget. Enligt Anne Ramberg (ovan i not 20 a.st.) tenderar både RegR och HD att bortse från uppenbarhetsrekvisitet. Frågan om uppenbarhetsrekvisitet i RF 11:14 i mötet med EG-rätten diskuteras av Kenneth Nordback i hans kommande (2004?) doktorsavhandling om EG-rättens inverkan på interimistiska åtgärder i svensk process (se seminariematerial till Jean Monnet-seminarium i Uppsala februari 2004). Ett mål där EG-domstolen av olika skäl gett nationell lagstiftare resp. myndighet betydande handlingsutrymme är *C-44/94, The Queen mot Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte National Federation of Fishermen's Organisations e.a. och Federation of Higlands and Islands Fishermen e.a., REG 1995, s. I-3115*. Se även Mål *C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge mot Österrike*, dom den 12 juni 2003. Sistnämnda mål kommenteras av Olle Abrahamsson i SvJT 2003 s. 1122 f.Jfr även Mål *C-101/01,* brottmål mot *Bodil Lindqvist*, dom den 6 november 2003, samt betr. lagprövning även nedan not 73–74.

de krav våra internationella överenskommelser ålägger oss i det sammanhanget.

Mer tveksamt är det om man kan förutspå en fortsatt ökning av den rättsskapande funktionen. Cappellettis storslagna vision i det avseendet[45] förefaller inte bli verklighet i vårt land, även om en viss utvidgning kan konstateras till följd av bl.a. lagstiftningstekniken och den vaghet som ofta präglar de rättighetsförklaringar som aktualiserats i grundlag och internationella konventioner. Av betydelse i sammanhanget är den kritik (från bl.a. demokratisk synpunkt) som kan riktas mot att rättsutvecklingen i ökande grad förläggs till domstolarna. Jag återkommer till det nedan i avsnitt 4.2 och avsnitt 5.

Enligt min uppfattning har således processens samtliga fyra traditionella funktioner ökat i betydelse under de senaste decennierna. Därmed bekräftas påståendet att domstolarna spelar en växande roll i samhället. Det återstår nu att undersöka om det tillkommit några nya funktioner som ytterligare bidrar till rolltillväxten och att besvara frågan om den växande maktpositionen uppfattas som positiv eller negativ från samhällssynpunkt.

4.2Funktionsförnyelse

Till de fyra funktionskategorier som diskuterats ovan kan läggas ett antal syften eller ”värden” processen avses fylla vid såväl allmän domstol som förvaltningsdomstol, t.ex. att tillgodose medborgarnas demokratiska och psykologiska behov av att delta vid beslutsfattande som rör dem själva. I Sverige har ett sådant ”*deltagandeperspektiv*” länge funnits med i bilden och det förefaller göra sig alltmer märkbart, t.ex. i diskussionen om valet av handläggningsform, muntlighet eller skriftlighet, liksom i anslutning till de krav på ”access to court” som ställs upp i EKMR.[46] Samma aspekt uppmärksammades tidigt i amerikansk doktrin, där förutom ”participation” även uppgiften att värna vissa ”dignity values” lyfts fram i debatten. I det sammanhanget, kanske särskilt i brottmål, pekar man även på möjligheterna för såväl den oskyldigt misstänkte som för målsäganden att få *upprättelse* genom processen (ingen törs längre nämna ”hämnd” i sammanhanget), liksom att processen kan fylla funktionen att leda fram till *försoning* mellan parterna, ibland genom olika former av konfliktlösning i anslutning till rättegången (bl.a. förlikning och medling).[47]

Man kan ifrågasätta om det handlar om helt nya funktioner i de här sammanhangen. Det gäller snarare funktionsförnyelse i den meningen att man lyfter fram och isolerar vissa drag i och bieffekter av de traditionella funktionerna, t.ex. konfliktlösningen (den reparativa funktionen). Ny är inte heller domstolarnas nyss nämnda funktion att vara ett forum för den *privatiserade tillsyn och kontroll* (”citizens’ enfor-

[45]Ovan vid not 2.
[46]Deltagandeperspektivet behandlas av Eric Bylander i hans kommande (2005?) doktorsavhandling om muntlighetsprincipen. Jfr vid not 61 och i not 74 nedan.
[47]Progressiv process s. 209, jfr Diesen (nedan not 60) s. 17 f. och 27 f.

cement") som är avsedd att i viss utsträckning ersätta offentlig administrativ verksamhet utanför domstolsväsendet.[48] Att domstolarna tar över en del av arbetsuppgifterna från statliga och kommunala tillsyns- och kontrollmyndigheter resulterar ju inte i några nya eller annorlunda uppgifter eller effekter än de traditionella. Det är fråga om en kvantitativ tillväxt, främst av de preventiva och reparativa funktionerna, kanske i viss mån även av kontrollfunktionerna och den rättsskapande verksamheten.

Däremot har det tillkommit en ny funktion till följd av Sveriges anslutning till EU. Vi kan kalla den för *integrationsfunktionen*. EG-domstolens uppgift är att bidra till den europeiska integrationen och utvecklingen av den gemensamma marknaden. Genom den underordnade ställning (manifesterad bl.a. i reglerna om förhandsbesked i artikel 234) de nationella domstolarna intar i förhållande till EG-domstolen och EG-rätten, har våra domare — särskilt vid förvaltningsdomstol — att bidra till utvecklingen av en fri och väl fungerande marknad inom EU. Den som vill förneka att detta är uttryck för en ny funktion kan dock peka på att funktionen fullgörs inom ramen för kontrollfunktionerna och den rättsskapande funktionen och följaktligen kan beskrivas som en del eller effekt av dessa.

En domstolsroll som heller inte är ny i och för sig men som verkar ha en sådan kraft och utvecklingspotential att det framstår som befogat att ta upp den under rubriken funktionsförnyelse är den *rättspolitiska funktionen*. Domstolarna används, såvitt jag kan förstå i ökande utsträckning, som arena för en i grunden rättspolitisk, ibland partipolitisk, diskussion om den gällande rättsliga regleringens berättigande och dess ändamålsenlighet de lege ferenda. Den som väcker talan gör det då lika mycket eller mer för att starta en debatt, samt åstadkomma publicitet och opinionstryck för en lagändring, som för att vinna framgång i själva målet. I den mån straffbestämmelserna i 9 kap. rättegångsbalken inte ställer hinder i vägen kan man gå till domstol även då gällande rätt inte tycks erbjuda en framkomlig väg, men man ändå hoppas på en förändring. Denna reform kan komma omedelbart i målet som ett uttryck för domstolens rättsskapande verksamhet eller genom legislativt rättsskapande i form av lagändringar på längre sikt. Domstolens rättspolitiska funktion visar sig ofta först på det postprocessuella planet; media och politiker knyter an till domen i ett uppmärksammat rättsfall och tar den till utgångspunkt för debatt och reformkrav. I USA är det tydligt att "rättsväsendet och de alltmer bisarra skadeståndsprocesserna blivit ett sätt att påverka … politiken bortom valurnorna och de lobbystyrda politikerna".[49]

Valet mellan att agera rättspolitiskt i eller utom process, dvs. med sikte på *judiciellt eller legislativt rättsskapande*, behöver således inte spegla hur käranden ser på möjligheterna att nå framgång redan genom

[48]Ovan mellan not 19 och 20, Studier s. 93 ff.
[49]Helena Lindblad i DN den 5 mars 2004 (Del B s. 8).

domen. Och bifall till talan behöver inte vara detsamma som framgång från strikt rättspolitisk synpunkt. En seger i det aktuella målet kan passivisera lagstiftaren och debatten och därmed försena mer effektiva lagstiftningsreformer med en vidare syftning (”the paradox of victory”).[50] Man har gjort gällande att kampen mot diskriminering i USA kan ha förlorat på att den till stor del ägde rum i domstol.[51] En framgångsrik process behöver dock naturligtvis inte alltid få ett sådant nedslående resultat. Vidare kan ett välexponerat nederlag i domstolen leda till upprörd publicitet och politisk aktivitet som ökar trycket för en kraftfull och bestående förändring på legislativ väg (”the paradox of defeat”).[52] Det kan rent av tänkas att käranden gått till domstol i avsikt att förlora i det korta perspektivet.

Rättspolitiska processer kan vara oegennyttiga i den meningen att parter, ombud och finansiärer inte är ute efter egen vinning; processen förs för att skydda eller vidareutveckla ett allmänt intresse eller (även) andra enskilda intressen än partens egna. I denna mening *altruistiska* processer kan ha en rättspolitisk karaktär av nyssnämnt slag men även vara renodlat inriktade de lege lata; man är ute efter ett ökat genomslag för värderingarna bakom gällande lag inte bara för egen utan även för andras del.

”Public interest litigation” (ovan avsnitt 2.1.3) kan i båda dessa fall föras och finansieras av offentliga myndigheter och organ men också av privata idealister som är beredda att ta på sig de bördor och risker som detta innebär. Genom tillkomsten av lagen om grupprättegång har numera inte bara sådana rättssubjekt utan även ideella organisationer möjlighet att agera utan att någon annan behöver ställa upp som kärande. Ideella föreningar med inriktning på konsument- eller miljörätt har talerätt i grupprättegång inom sina bevakningsområden; talerätten förutsätter rent av att organisationen inte har några egna ekonomiska intressen i saken. Altruistisk public interest litigation kan även föras av andra typer av associationer och utan att det är fråga om grupptalan. Det gäller då att finna någon lämplig person som är beredd att fungera som kärande, ekonomiskt och kunskapsmässigt uppbackad av organisationen. Rättegångar av det slaget har länge förekommit på miljöområdet (Björn Gillberg, Stiftelsen Miljöcentrum). Vad gäller enskilda medborgares eller gruppers ställning gentemot staten och offentliga myndigheter har liknande processer på senare tid initierats av den nybildade stiftelsen Centrum för rättvisa.[53]

[50]Se Bogart (ovan not 8) s. 37 ff. Betr. public law och public interest litigation se även ovan vid not 6 och 7.
[51]Se Nycander nedan i avsnitt 5.
[52]Se t.ex. de i Grupptalan s. 300 f. och 574 ff. diskuterade rättsfallen (*Alyeska Pipeline Service Co. v. The Wilderness Society* och *Hawaii v. Standard Oil Company*).
[53]Betr. rättspolitiska effekter se även ovan vid not 6–7. Vad gäller rättighetstänkandet jfr Strömmers ovan i not 6 a.a. och citatet från Nycander nedan efter not 79, se även nedan i not 80 a.a.

I linje med de ökande tendenserna att utnyttja altruistisk rättegång som ett rättspolitiskt verktyg — men också som ett sätt att verka för lösningar de lege lata — ligger att man i den ”senmoderna” debatten uppmärksammat rättens och rättsprocessens *kommunikativa* funktion; domstolen får utgöra ett ”*forum för moralisk diskurs*”.[54] Thomas Wilhelmsson ställer från finskt perspektiv frågan om tobaksprocessen var ett försök skapa regler när den offentliga regleringen visat sig otillräcklig och om bankprocesserna var ett sätt att föra en nödvändig moralisk diskurs kring orsakerna till bankkrisen. Kanske, skriver han, håller ansvarsrätten och civilprocessen på att utvecklas till redskap för rörelser och organisationer (och andra ”mikropolitiska aktörer”) som söker utrymme på den agenda som behärskas av massmedia.[55] Avsikten är då inte alltid att uppnå konfliktlösning och handlingsdirigering utan att artikulera problematiken och synliggöra även de moraliska argumenten.

Det saknas inte paralleller i dagens Sverige. Det seriösa näringslivet har varit utsatt för ett exempellöst förtroenderas under det senaste decenniet: bankkrisen, fastighetskrisen, kartellbildningar och andra hot mot den fria konkurrensen, fallskärmar, bonusavtal, lägenhetsaffärer, illojala transaktioner mellan moder- och dotterbolag, påstådda insiderbrott, mutbrott, skattebrott, grov trolöshet mot huvudman etc. Missförhållanden, mutbrott och påstådd korruption har även avslöjats inom statlig och kommunal verksamhet. De juridiska och moraliska frågorna har hittills exponerats mera på massmedial och processuell väg än i den politiska diskursen. Jag nöjer mig med ett enda exempel. Bildandet av föreningen Grupptalan mot Skandia och den inledda skadeståndsprocessen är säkert inte bara ett sätt att få rättsfrågorna prövade i syfte att uppnå skadestånd för dem som påstås vara drabbade. Till betydande del handlar det också om att tillgodose behov av att kommunicera etiska frågor. Att genom rättegång och massmedia få möjlighet att kanalisera en moralisk upprördhet över miljardrullning och korruption kan betyda mer än de relativt begränsade ersättningsbelopp som kan komma ifråga för den enskilde.[56]

Har alltså juridiken och processen fått träda in i rollen som vikarie för politiken och den lagstiftande församlingen även utom området för lagprövning och rättsskapande? Ett långt citat ur Wilhelmssons arbete är här på sin plats:

”En rättslig process kan utgöra ett forum för en moraldiskurs angående frågor som befinner sig på flera olika samhällsplan. Det kan vara fråga om den individuella moral som vi förväntar av oss själva och andra i vardagens handlande. Det kan emellertid — och detta är mer centralt — också röra sig om bedömningar av moralen i beslutsfattande med bredare samhällelig

[54]Se Thomas Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt, 2001, s. 111 ff.
[55]Se baksidestexten på i not 54 a.a.
[56]Flera uttalanden i media i anledning av grupprättegången mot Skandia har haft denna innebörd.

betydelse. Man kan debattera moralen i beslut som tagits i sådan privat eller offentlig verksamhet som har sociala konsekvenser.

Bedömningen av moralen i beslut av det sistnämnda slaget är naturligtvis primärt en politisk fråga. Därför bör man inte nödvändigtvis se det som något positivt att denna diskurs rättsliggörs. Domstolarna har ju som sådana inte samma demokratiska legitimitet som valda organ, även om man ur ett diskursivt-kommunikativt perspektiv velat se processen som en demokratisk beslutsmodell. I den mån man anser att rätten och rättsprocessen erbjuder nya möjligheter på detta område är det således snarare fråga om att göra en dygd av nödvändigheten. Då de relevanta moraliska frågorna inte längre berörs i den politiska diskursen, där de primärt hör hemma — vilket tyvärr ofta är fallet i många samhällen i den konsensusbetonade politiska atmosfär som underkastat politiken ”marknadskrafternas” krav — kan och bör den juridiska diskursen träda in. I någon grad kan man säga att det är fråga om en legitimitetskris för politiken, som på gott och ont ökar rättens spelrum; politiken kan knappast öka sin legitimitet utan att man på nytt börjar diskutera relevanta sociala och moraliska spörsmål.”[57]

Enligt Wilhelmsson medför alltså det förhållandet att etiska system inte har någon egen bindande kraft och politikens tillkortakommanden att blickarna i ökande grad riktas mot rätten och rättsprocessen som forum för moralisk diskurs. Ett rättsfall kan fungera som en katalysator för god moralisk argumentering, ett prejudikat kan ge råd för den som söker moralisk vägledning, så även om utgången inte är den önskade. Gällande rätt kan nämligen visa sig otillräcklig för att nå det ställningstagande moralen förefaller påfordra.

Men domarna och juristerna kan i den nya fragmenterade miljön, som Wilhelmsson uttrycker det, förlora sitt traditionella gömställe — rättsordningen — och stå nakna i en debatt som lika mycket gäller etiska som rättsliga system. En traditionellt positivistisk metod vid rättstillämpningen tillåter, såvitt jag förstår, inte att moraliska aspekter som driver kring utan förankring i rättskällorna får följa med genom hela processen och även påverka ställningstagandena i domen. Det är nog bäst så. Men det hindrar inte att vägen fram till domen kan erbjuda välkomna tillfällen till moralisk kommunikation, vidareförd till allmänheten via massmedia. Att en domstol ibland kan fungera som ett slags Speakers Corner i Hyde Park förefaller tydligt.

Det är också ett återkommande krav, särskilt bland icke-jurister, att moraliska argument och allmänna etiska överväganden skall prägla domarens avgöranden i högre grad än ”normal” positivistisk rättskällelära medger.[58] Man vill dessutom ha ”*kreativa domare*”, aktiva och

[57]Wilhelmsson s. 112, fotnoterna utelämnade. — Betr. ansvarsetik och rättighetsmoral se Erikssons nedan i not 80 a.a.; betr. ”demokratiska beslutsmodeller” se nedan vid och i not 73–74.

[58]Jfr nedan i texten och i not 65 betr. riskerna med ”therapeutic jurisprudence”. Vad gäller de svenska domarnas påstådda likgiltighet för rättens moraliska rötter se Maciej Zaremba i Moderna Tider, december–januari 1995/96 s. 26 ff. Betr. skillnaden mellan ”den lille retfærdighed” som målet för rättslig verksamhet — då lag, praxis och rättskällelärans anvisningar måste beaktas — och ”den store retfærdighed” som bedöms fritt vid utvecklingen av en moralisk teori, se Henrik Zahle i

stundom paternalistiskt auktoritära ordförande i domarsätet. Det handlar om personer som inte drar sig för att överskrida den formella och materiella processledningens traditionella ramar, så även i dispositiva tvistemål. De är beredda att agera styrande och pådrivande för att effektivisera och snabba upp förfarandet. De kan även verka jämkande och kreativt för att ”fixa” en frivillig uppgörelse eller i domen anvisa en pragmatisk lösning på tvisten och ett rationellt sätt att t.ex. beräkna och fördela skadestånd efter jätteprocesser av class actiontyp (”*managerial judges*”). Självfallet är det i första hand vissa amerikanska domare med erfarenheter från class actions och annan ”complex litigation” (t.ex. Judge Jack B. Weinstein i New York) som kommer i åtanke i detta sammanhang. Men även i brittisk civilprocess håller en ny, mer aktiv, domareroll på att utvecklas. En stor reform av civilprocessen genomfördes för några år sedan (Civil Procedure Rules 1999) med särskild inriktning på ”judicial case management”. ”The sporting theory” är inte längre dogmen för dagen. Liknande lagförslag (i detta avseende) är aktuella i Norge.[59]

Den nämnda domartypen har väl alltid funnits på sina håll, men förefaller ha fått ökad uppmärksamhet och legitimitet under senare år, inte minst genom pådrivande lagstiftning i denna riktning. Kreativiteten har, som framgått, främst gällt handläggningen och nya effektiva och hanterliga påföljder. I mindre utsträckning har det handlat om en kurativ domarinställning under processen och begagnande av domskäl av ny typ, resonemang präglade av moral och/eller empirisk kunskap hämtad från sociologi, psykologi och annan beteendevetenskap. Sådana inslag under och efter rättegången efterfrågas däremot i den nya riktning i rättslig praktik som går under beteckningen *terapeutisk juridik* (TP, ”therapeutic jurisprudence”).[60] Riktningen innehåller enligt min mening både sympatiska och oroväckande element och bör inte förbigås vid en diskussion om processens nya och framtida funktioner.

TP bygger på uppfattningen att rättstillämpning, t.ex. vid domstolarna, är ett sätt att lösa mänskliga konflikter, en form av konfliktlösning. Detta är i och för sig inte någon ny idé;[61] ny är däremot den

SvJT 2002 s. 868, jfr densamme i Omsorg for retfærdighet, 2003 s. 162 ff. För en framställning om domaretik i helt annan, mer formell och yrkesmässig mening, se Hirschfeldt i SOU 1994:99 Del B s. 139 ff.

[59]Se betr. den engelska reformen förarbetena i Lord Woolfs stora rapport ”Access to Justice”, London 1996, och min bok Progressiv process s. 249 ff. Betr. Norge se NOU 2001:32 med förslag till en helt ny lov om tvistlösning och därtill utredningens ordförande Tore Schei, ”Viktige valg i civilprocessen”, i Rettsteori och rettsliv. Festskrift till Carsten Smith, 2003, s. 687 ff. samt densamme Schei i Festskrift till Lindblom, 2004. Betr. ”complex litigation” i komparativt perspektiv se Lindblom & Watson i Civil Justice Quaterly 1993 s. 33 ff.

[60]För en utmärkt presentation se Christian Diesen i JT 2001–02 s. 15 ff. Flera av formuleringarna i det följande är lånade från Diesens uppsats. — Diesen föredrar att tala om ”reparativ juridik”, en term som dock enligt min mening riktar blicken bakåt och mindre väl speglar de prospektiva, framåtriktade dragen.

[61]Ovan avsnitt 3.1. Betr. straffprocessen och ”konflikt som egendom” se Nils Christie i TfR 1977 s. 113 ff. Se även ovan vid not 43 och 46–47.

starka betoningen på att konfliktlösningen förutsätter kunskap om vilka sociala och psykiska effekter konflikten medför för de inblandade parterna. Tvistlösningen kan då ta fasta på att finna vilken lösning som är bättre eller sämre ur reparativ och rehabiliterande synvinkel, liksom på hur man skall nå en lösning som kan verka förebyggande för fortsatta eller nya konflikter mellan parterna. Såvitt jag förstår kan det terapeutiska draget även, ibland huvudsakligen, visa sig i hur parter och övriga processubjekt behandlas under själva rättegången. Enligt TJ-förespråkare är alternativa tvistlösningsmetoder (ADR) ett redskap som ofta kan anbefallas. Processens handlingsdirigerande funktion förefaller komma i bakgrunden.

Det förvånar inte att det synsätt TJ representerar först kom till användning då det gällde att tillämpa socialrätt på ett humant sätt. Men perspektiven har nu utvidgats till brottmål, kriminalvård, familjerätt, skadeståndsrätt, avtalsrätt etc. Det handlar alltså om såväl process vid förvaltningsdomstol som straffprocess[62] och civilprocess vid allmän domstol. Tyngdpunkten ligger på själva rättstillämpningen, handläggningen och lösningarna de lege lata, men givetvis kan även rättspolitiska perspektiv aktualiseras. TJ skall, sägs det, inte ersätta traditionella juridiska normer men utgöra ett komplement till dem och därmed påverka beslutsfattandet (”skapa en välbalanserad policy för ärendetypen och en vidsynt strategi för lösningen i det enskilda fallet”).[63]

Inom TJ vill man således, då det gäller processrätt, lyfta fram hur rättegången och domen påverkar människor socialt och psykologiskt. Man menar att ”juridiken blir mekanisk” om denna dimension glöms bort i processen.[64] Här drar nog några av oss oroligt åt sig våra respektive öron. Kanske kan vi lugnas med påståendet att TJ inte handlar om kvasivetenskapliga idéer, illa underbyggda antaganden om verkligheten och personligt tyckande; de socio-psykologiska avvägningarna skall baseras på verifierade samhällsvetenskapliga rön.[65]

Kritik har inte saknats mot TJ. Ideologin sägs vara smygpaternalistisk och terminologin har eufemistiska drag; man talar om välbefinnande när det gäller makt och om vård när det handlar om straff.[66] Givetvis är det också svårt att uppnå den terapeutiska effekt som åsyftas och att finna välunderbyggt och entydigt empiriskt material som

[62]Vad gäller brottsoffrens ställning i straffprocessen har man i Sverige redan genomfört de flesta av de förslag som framförts i den amerikanska TJ-diskussionen (partsroll i processen, målsägandebiträde, möjligheter att yrka skadestånd, ersättning från brottsofferfond etc.), jfr Diesen s. 20.

[63]Diesen s. 17.

[64]Diesen s. 29.

[65]Det påstås inte föreligga någon motsättning mellan TJ och rättsdogmatisk metod eller mellan TJ och t.ex. polycentri eller feministisk rättsteori. Att TJ är ”konsekvensualistisk” (Diesen s. 30) är heller inte något som utesluter ett positivistiskt synsätt (det gäller ju även den teleologiska rättstillämpningsmetoden).

[66]Betr. TJ och behandlingsideologier inom straffrätten se Diesen s. 31. Jfr betr. ”omsorg” och ”rättsvård” i vidare mening Zahle i SvJT 2002 s. 857 ff., vad gäller makt s. 866 f. och densamme i Omsorg om retfærdighet, 2003, s. 120 ff.

kan komma till användning. TJ har kallats en form av ”banal, proklamatorisk lyckojuridik”,[67] ett hippiegenerationens bidrag till rättsvetenskapen. Det är dock svårt att förneka att TJ är en, ofärdig men ändå inte helt ny, rättsideologi med ibland välmotiverade krav på domare och andra jurister att i ökande utsträckning anlägga ett konsekvensualistiskt perspektiv genom att sätta sig in i och tillämpa en tvärvetenskaplig syn på juridiken, så även i rättegången och vid det beslutsfattande som processen är avsedd att leda fram till.[68]

Klarar då den svenske normaldomaren av allt detta? Visst känner vi alla några kreativa och terapeutiskt begåvade domare med goda tvärvetenskapliga kunskaper parade med säker moraluppfattning och särskilt gott omdöme (dvs. med samma värderingar och åsikter som våra egna). Men törs man lita på alla de övriga? Enligt min mening finns risk för att icke-rättsliga faktorer tränger in i domskälen och att vad många uppfattar som processens huvudfunktion — genomslag för värderingarna bakom det materiella regelsystemet på det allmänna och enskilda planet — kommer i bakgrunden.

5.Fakta, farhågor och förutsägelser

Det har säkert framgått vid det här laget att åtskilliga floskler ligger på lur när man diskuterar domstolarnas roll och processens förändrade funktioner. Jag vill ändå påstå att uttrycket ”domstolarnas växande roll i samhället” inte är en klyscha; formuleringen avspeglar ett faktum. Företrädare för åsikten att det skett en sådan judiciell maktexpansion finner man inte bara bland jurister utan i en mycket vidare krets som även omfattar politiker ända uppe på regeringsnivå.[69] I massmedia återkommer ofta iakttagelser av t.ex. det här slaget:

”Det är en händelse som ser ut som en tanke att framtiden för EU:s stabilitetspakt avgörs i en rättegång, medan USA:s nuvarande president tillträdde efter ett utslag i högsta domstolen. När demokratiska processer inte kan hantera politiska (och moraliska) spänningar hamnar man i juridiken (och därmed i domstolen) …”[70]

Ser man maktfördelningen mellan de tre statsmakterna som ett nollsummespel förefaller domstolsrollens expansion till viss del ha skett på bekostnad av den verkställande makten, som i sin tur verkar vara i full färd med att tillskansa sig ökad makt från den nationella lagstiftaren.[71] De folkvalda lagstiftarna får även släppa ifrån sig makt till dom-

[67]C. Slobogin enligt Diesen s. 31.
[68]Jfr Diesen s. 33.
[69]Se t.ex. statsrådet Per Nuder i SDS den 15 maj 2003 där han hävdar att domstolarna fått ökad politisk makt och att det bl.a. beror på medvetna politiska beslut och på internationaliseringen (här återgivet efter Karol Nowak i Vänbok till Torleif Bylund, 2003, s. 334 not 16).
[70]Niklas Ekdal i DN den 18 januari 2004 (Del A s. 2), mina tillägg inom parentes.
[71]Betr. maktförskjutningen från riksdagen till regeringen se t.ex. riksdagsmannen Tobias Krantz i Upsala Nya Tidning den 3 februari 2004 s. 2. Krantz tar bl.a. upp de nya formerna för budgetberedningen, EU-politikens bristande förankring i

stolarna, då främst genom lagprövning i vid mening och domarens rättsskapande verksamhet. Den dömande makten tar för sig från båda håll och riksdagspolitikerna framstår som spelets förlorare.

Det har inte saknats förespråkare[72] men ej heller kritiker av denna utveckling och farhågor har uttalats för en fortsättning i samma riktning. Här skall bara erinras om socialdemokratins traditionella, numera visserligen mildrade men ändå bestående, ifrågasättanden av ökad domstolsmakt, t.ex. i form av långtgående lagprövning, författningsdomstol och internationella domstolar,[73] den tunga vetenskapliga demokratiska kritiken mot domstolarnas ökande lagprövningsrätt,[74] och om den diskussion som sedan länge förts rörande nackdelarna med judiciellt rättsskapande.[75]

riksdagen och planerna på en ny författningsutredning i avsikt att bl.a. åstadkomma starkare regeringar. Till det kommer självfallet den överflyttning av makt, främst från den nationella lagstiftaren, som skett till Bryssel samt EU-parlamentets jämförelsevis svaga ställning. — Betr. motsvarande utveckling i Norge se Schei i Lov og Rett 2004 (under publicering); Schei anser att farhågorna för ett demokratiskt problem är överdrivna.

[72]Så t.ex. Advokatsamfundets generalsekreterare, Anne Ramberg, som i flera sammanhang har noterat och kommenterat domstolarnas ökande roll i försiktigt positiva ordalag, se t.ex. hennes krönikor i Advokaten i oktober och november 2003. Vid symposiet använde hon uttrycket ”domstolarnas ökade roll i demokratins tjänst”. Jfr nedan not 74.

[73]Se t.ex. Carl Lidbom i JT 1993–94 s. 283 ff., jfr Nycander i samma tidskrift 1995–96 s. 269 ff., se även den sistnämnde i S. Strömholm & S. Nycander, Makten över rätten, 1994. Betr. uppenbarhetsrekvisitet vid lagprövning enligt RF 11:14 kan nämnas att detta vid införandet motiverades framför allt av en önskan att inte förskjuta politisk makt till domstolarna, se SOU 1978:34 s. 109, prop. 1978/79:195 s.195, Joakim Nergelius, Konstitutionellt rättsskydd, 1996, s. 697 ff. samt Nordback (ovan not 44 a.a.) s. 2 och 10.

[74]Kritiken bäst artikulerad av Barry Holmström i hans stora verk Domstolar och demokrati (1998), jfr dock Thomas Bull i JT 1999–2000 s. 794 ff. och 2000–01 s. 26 ff. Bull (som uppfattar juridifiering av politiken som en positiv företeelse vad gäller beslutsformerna, jfr dock citatet vid not 57 ovan) menar bl.a. att lagprövning inte är odemokratisk eftersom prövningen sker mot demokratiskt beslutade rättsliga normer av högre valör, inte mot domarens privata åsikter eller ideologi. Lagprövning i rättegång erbjuder dessutom medborgarna en form av demokratiskt deltagande (jfr ovan vid not 46). Se även citatet ovan i not 72 in fine. Liksom vid domarens rättsskapande måste man dock konstatera att ”vag lag” beträffande t.ex. mänskliga rättigheter erbjuder domaren ett så stort utrymme — åtminstone om ett uppenbarhetsrekvisit inte tillämpas — att man kan fråga sig om det är de demokratiskt valda politikernas (lagstiftarens) eller de på annat sätt utsedda domarnas värderingar som slår igenom vid lagprövningen, jfr Progressiv process s. 75 f. Se vidare om olika former av lagprövning vid domstol Caroline Taube i E. Smith (ed.), The Constitution as an instrument of Change, 2003 s. 129 ff. Betr. rättsskapande se ovan avsnitt 3.1 och 4.2 samt Progressiv process s. 66 ff.

[75]Se t.ex. min recension av Cappelletti i Studier s. 67 ff., jfr Bertil Bengtssons mer tekniska syn i Festskrift till Stig Strömholm, 1997, s. 109 ff. Här kan nämnas följande sex nackdelar: processen saknar självstart och kräver ekonomiska resurser, avgörandena tränger inte ut till alla på samma sätt som lagstiftning, det blir fråga om retroaktiv rättsbildning, det är omöjligt för en domstol att överblicka alla konsekvenser av en ny regel och prejudikaten formuleras därför ofta snävt, domare anses på sina håll vara konservativa, det är fråga om en odemokratisk rättsbildning eftersom domarna inte är politiskt valda och inte kan göras politiskt ansvariga. Mot det sistnämnda kan man hävda att domstolsvägen ofta är den enda som finns att gå för minoriteter och för individer som saknar politisk eller korporativ uppbackning och att judiciellt rättsskapande därför är demokratiskt, jfr ovan vid not 57 och

Även om man inskränker sig till att studera debattinlägg under det senaste halvåret i landets största morgontidning är det lätt att finna välkända debattörer som vill bromsa domstolarnas triumfvagn. Jag inskränker mig här till att nämna två.[76] Ralf Dahrendorf[77] hävdar, med referenser till såväl USA som Europa, att domstolarna från att ha varit den utan jämförelse svagaste av statsmakterna inte längre intar denna tillbakadragna position. En förklaring kan vara en längtan efter att finna ”oberoende” åsikter och ”sanning”, begrepp som man (kanske något förhastat) gärna förknippar med jurister och domstolar. Det är, menar Dahrendorf, uppenbart att politiker inte gillar detta skifte till förmån för den dömande makten. Han verkar själv anse att ”judifieringen” av ”den politiska processen” (sic!) har gått för långt och menar att utvecklingen är av relevans för reformdebatten i många demokratiska länder; ”det kan hävdas att ju starkare domstolarnas makt är i ett land, desto långsammare går reformerna”.

Delvis liknande kritik och farhågor har här på hemmaplan framförts av statsvetaren och publicisten Svante Nycander i flera sammanhang, senast i en essä med titeln ”Lag men inte rätt”.[78] Han skepsis riktar sig dock, som framgått ovan, inte bara mot reformer via judiciellt rättsskapande utan även mot inriktningen på just lagstiftningsåtgärder anknutna till domstolsprövning eftersom domstolarna kan underminera eller rent av sabotera sådana reformförsök. Med utgångspunkt från förhållandena i USA pekar han på de misslyckanden som följt när man försökt hjälpa fram minoriteter genom lagstiftning och menar att problemet varit och är en överdriven tilltro till domstolarnas möjligheter. Enligt Nycander finns det snarare anledning att känna misstro. Det amerikanska rättssystemet låter domarens personliga uppfattning slå starkt igenom och detta utnyttjas i hög grad i domstolarna. Redan på 1800-talet motverkade de federala domstolarna de svartas rösträtt och Högsta domstolen underkände år 1883 federala förbud mot rasdiskriminering. Under omkring fyrtio år gick sedan domstolen i nästan varje mål emot de svartas rättvisekrav; domstolen styrde, den inte bara speglade rådande värderingar.[79]

Från senare tid kan nämnas att positiv särbehandling av svarta enligt Nycander har gett goda resultat i USA, men att högsta domstolen under Rehnquists tid som ordförande gjort villkoren för positiv särbehandling strängare; ”den lag som skulle skapa rättvisa mellan ra-

i not 74. Jfr även betr. bristande ”impact” vid judiciellt rättsskapande Bogart ovan i not 8 a.st. samt nedan i texten.

[76]Se även Ekdal ovan vid not 70.

[77]Medlem av det brittiska överhuset, tidigare rektor vid London School of Economics och vid Saint Anthonys College i Oxford, här citerad efter en kolumn publicerad i DN den 19 augusti 2003 (Del A s. 2).

[78]Nycander i DN den 18 december 2003 (Del B s. 5), se betr. Nycanders uppfattning även ovan i not 73 a.a.

[79]Nämnas bör att de tre ordföranden i högsta domstolen som varit mest progressiva i rasfrågan (Hughes, Warren och Burger) alla var republikaner, se Nycander a.st.

serna vänds mot de svarta". Nycander slutar med att peka på att den amerikanska lagstiftningen med dess rättighetstänkande är inspirationskälla till alla de diskrimineringsförbud som införts i Sverige på senare år, så även de hinder för positiv särbehandling som kommit via EU, och han ogillar denna påverkan:

"Vi borde se upp med detta inflöde av amerikansk rättighetspolitik, som lätt kolliderar med våra egna system för skydd av individen. Vilka har i det långa loppet vunnit mest på det amerikanska juridiska systemet? Det har juristerna."[80]

Men domstolarnas samhällsroll har alltså ökat; det är faktiskt så. Om man i avsikt att nå större konkretion bryter ner denna iakttagelse i ett studium av domstolsprocessens funktioner i olika måltyper blir förändringen synlig. Jag har här gjort gällande att av de fyra traditionella funktionerna är det särskilt kontrollfunktionerna och den rättsskapande verksamheten som bidragit till en maktförskjutning mellan statsorganen. Men bland annat privatiseringen har medfört att även de reparativa (konfliktlösande) och preventiva (handlingsdirigerande) uppgifterna har vuxit i betydelse, en expansion som kan förväntas fortsätta. Utvecklingen går som vanligt påfallande långsamt. De som gillar denna typiska svenska halvtakt — eller rent av föredrar stillastående — kan dock inte längre känna sig säkra. Inom EU får vi visserligen finna oss i att somliga missförhållanden (t.ex. inom jordbrukspolitiken) verkar vara cementerade för överskådlig tid framåt. Men det händer faktiskt också att stora förändringar, till och med paradigmskiften, sker överrumplande snabbt på EU-planet, så även genom EG-domstolens försorg. Eller som det heter bland akademiker i USA numera:

"You know what they say about paradigms: shift happens!"[81]

De hittillsvarande försiktiga funktionsökningarna kompletteras med att det skett vad man möjligen kan kalla funktionsförnyelse i vissa avseenden. Önskemål om mer moraliskt styrda samt "kreativa" domare och inslag av "terapeutisk juridik" kan leda till en oroväckande utveckling, särskilt om icke-rättsliga faktorer tillåts påverka domstolens avgöranden mer än tidigare. Positivt är däremot naturligtvis om domarna agerar med kraft och empati i processen och om domstolarnas avgöranden i ökande utsträckning kan byggas på ett säkrare empiriskt underlag i sociala och psykologiska hänseenden. I övrigt utgörs det "nya" med terapeutisk juridik inom processrätten i mångt och mycket

[80]Nycander a.st. — Betr. valet mellan ansvarsetik och rättighetsmoral under den liberala välfärdsstatens kris se Lars D. Erikssons intressanta uppsats i Retfærd 1995 s. 3 ff.
[81]Formuleringen saknar känd upphovsman, se T. D. Rowe jr i 13 Duke Journal of Comparative & International Law (2003) s. 127 ang. kostnadsreglerna vid class actions.

av i vid mening konfliktlösande element som redan har sin plats i svensk process, t.ex. i form av rättens förliknings- och medlingsverksamhet i tvistemål,[82] målsägandens förstärkta ställning i brottmål samt olika former av utomprocessuell alternativ konfliktlösning.

Domstolarnas alltmer framträdande plats i samhället gör att de i samverkan med starka massmedia mer än tidigare kan användas för altruistisk process och som rättspolitisk reformarena. I dessa men även i andra sammanhang finns rika möjligheter att begagna rättegången som forum för moralisk diskurs. Enligt min mening utgör dessa ”nya” funktioner tillsammans med de konstitutionella maktförskjutningarna de mest intressanta inslagen i utvecklingen. Förändringarna ställer höga krav på domstolsorganisationen och förfarandet men innebär en utmaning — inte minst pedagogiskt — även för processens rollinnehavare: domare, parter, advokater, åklagare, vittnen etc.[83] Berättelserna i och från rättegången skall vara tydliga för deltagarna. Men de skall också kunna förmedlas rättvisande och slagkraftigt till åhörare och massmedia och därmed vidare till allmänheten. Det gäller inte bara domen; själva processen är en viktig del av budskapet.

[82]Se därom senast Bengt Lindell i Vänbok till Torleif Bylund, 2003, s. 261 ff.
[83]Jfr betr. behovet av ökad offentlighet och större öppenhet vid domstolarna, Anne Ramberg i Advokaten nr 2, 2004, s. 4 f.