

Mot ett funktionellt domstolsbegrepp

Ett bidrag med anledning av den så kallade Försvarsunderrättelsesdomstolen (del I av II)*

Av doktoranderna TORMOD OTTER JOHANSEN och SEBASTIAN WEJEDAL

I denna artikelserie i två delar argumenterar vi för att det formella svenska domstolsbegreppet bör överges till förmån för en funktionell begreppsbestämning. Med utgångspunkt i domstolarnas samhällsfunktion — att skipa rätt under rättssäkra former — utvecklar vi ett antal materiella domstolskriterier. I syfte att konkretisera diskussionen applicerar vi dessa på den så kallade Försvarsunderrättelsesdomstolen (FUD).

Denna första artikel i serien har ett nationellt perspektiv och innehåller en redogörelse för ett antal parallella utvecklingslinjer, som tillsammans har inneburit en renodling av domstolarnas rättskipande funktion. Vår slutsats är att inrättandet av FUD såsom en ”domstol” verkar stick i stäv med dessa reformer. I den andra artikeln i serien anlägger vi istället ett europeiskt perspektiv på problemet.

1 Inledning

Var fanns domaren han aldrig hade sett? Var fanns den höga domstol han aldrig hade nått fram till? Han lyfte händerna och spretade med alla fingrarna.

Kafka, *Processen*

Den 1 december 2009 verkställdes den omdiskuterade reformen ”Förstärkt integritetsskydd vid signalspaning”.¹ Det övergripande syftet med denna reform var just att förstärka integritetsskyddet vid signalspaning, dels genom genomförandet av vissa materiella ändringar i lagen (2008:717) om signalspaning i försvarsunderrättelseverksamhet (LSF),² dels genom införandet av den nya lagen (2009:966) om Försvarsunderrättelsesdomstol (LFUD).

Lagstiftningsarbetet kring signalspaning har knappast gått någon förbi.³ Att Försvarets radioanstalt (FRA) — på uppdrag av bland andra

* Denna artikel har genomgått kvalitetsgranskning genom s.k. peer review (granskning av jämlike).

¹ Prop. 2008/09:201.

² Därtill gjordes vissa ändringar i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) samt säkerhetsskyddslagen (1996:627).

³ Jfr Naarttjärvi, Markus, *För din och andras säkerhet: konstitutionella proportionalitetskrav och Säkerhetspolisens preventiva tvångsmedel*, Iustus, Uppsala, 2013 s. 17, som anför att det är en ”truism att sedan terrorattackerna den 11 september 2011 har lagstiftare i de flesta västländer givit sina säkerhetsmyndigheter nya rättsliga metoder för att bekämpa terror och andra hot mot rikets säkerhet.” Naarttjärvi (a. st.) betraktar antagandet av LSF som en del i en vidare trend, där myndigheterna ges

Säkerhetspolisen (SÄPO)⁴ — inom vissa rättsliga ramar får övervaka vår data- och/eller teletrafik och därigenom inhämta underrättelser, på en hög abstraktionsnivå, uttryck för en svår avvägning mellan å ena sidan vårt gemensamma intresse av ”säkerhet”⁵ (att skyddas *genom* staten) och å andra sidan vårt motstående intresse av ”integritet”⁶ (att skyddas *mot* staten).⁷ Att ämnet har gett upphov till mycket uppståndelse är därmed inte ägnat att förvåna; temat är principiellt intressant, alltid aktuellt och angår oss alla. I det följande kommer vi dock att diskutera varken de rättsliga/(rätts)politiska förutsättningarna för, eller följderna av, FRA:s signalspaning; övervakningens *raison d'être* har redan behandlats vid åtskilliga tillfällen.⁸ Hur verksamheten i allmänhet, och tillståndsprövningen i synnerhet, lämpligen bör utformas kommer med andra ord inte att upptas till diskussion.⁹ Istället vill vi med denna artikel fokusera på en process- och i viss mån konstitutionellrättslig aspekt av 2009 års reform som inte har tilldragit sig särskilt stort intresse: inrättandet av den så kallade Försvarsunderrättelsesdomstolen (FUD).¹⁰

”såväl tekniska möjligheter som ett rättsligt mandat till inhämtning av uppgifter om enskilda individers elektroniska kommunikation.”

⁴ De myndigheter som får ”inrikta” FRA:s signalspaning och således fungerar som ”beställare” av underrättelseinformation är SÄPO, regeringen, Regeringskansliet, Försvarsmakten och Nationella operativa avdelningen inom Polisen. Se 4 § 1 st. LSF.

⁵ Säkerhetsbegreppet definieras närmare hos Naarttjärvi 2013 s. 29 och diskuteras vidare på s. 114 ff.

⁶ I bemärkelsen ”personlig integritet och skydd för privatlivet”, såsom detta intresse skyddas i både RF och EKMR. Se härom Naarttjärvi 2013 s. 181 ff.

⁷ Se exempelvis regeringens nyligen framlagda skrivelse *Strategi mot terrorism* (skr. 2014/15:146), där det anförs (s. 6) att ”[b]ekämpningen av terroristbrottslighet innebär ... svåra avvägningar mellan olika intressen och målsättningar”. Se även SOU 2015:31 angående *datalagring och integritet*. Enligt sina direktiv skulle Datalagringsutredningen ”föreslå de förändringar som bedöms lämpliga för att stärka skyddet för den personliga integriteten vid tillämpningen av bestämmelserna om elektronisk kommunikation i brottsbekämpningen.” Se dir. 2014:101; även återgivna i SOU 2015:31 s. 335 ff. Se även Naarttjärvi 2013, vars avhandling något förenklat handlar om just dylika proportionalitetsbedömningar, men med särskilt fokus på SÄPO:s tillgång till preventiva tvångsmedel.

⁸ Från rättsvetenskapligt håll; se exempelvis Naarttjärvi 2013 samt de olika intressanta bidragen i antologin Schartum, Dag Wiese (red.), *Overvåking i en rettsstat*, Fagbokforl., Bergen, 2010.

⁹ Innan man ställer sig viktiga frågor om avvägningarna i tillståndslagstiftningen och de materiella bedömningar som görs vid beslut om signalspaning är det, enligt vår uppfattning, värt att fokusera på de processuella förutsättningarna och deras legitimitet. Dessutom är de senare faktiskt möjliga att analysera, eftersom själva den övergripande organisationen kring beslut om signalspaning är känd, till skillnad från hur verksamheten bedrivs; förutsättningarna för bedömning, rättsvetenskaplig eller annan, av den faktiska verksamheten är starkt begränsade till följd av den fullständiga sekretess som omger i princip alla beslut. Vår förhoppning är dock att vi, genom denna artikelserie, kan stimulera en fortsatt diskussion kring inte minst tillståndsprövningens utformning.

¹⁰ FUD ägnas ett kort avsnitt i Naarttjärvi 2013, under rubriken ”Former för tillståndsgivning” (s. 347 ff.).

FUD möttes initialt av viss skepsis,¹¹ men föll sedan snabbt i glömska. Till dags dato har domstolen bedrivit verksamhet i drygt fem år, utan att särskilt många reflekterar över eller ens känner till dess existens. Och kanske ligger detta förhållande i sakens natur, givet att domstolen och dess verksamhet omgärdas av ett stort hemlighetsmärke.¹²

Trots att FUD inte längre ägnas något direkt intresse gav dock dess inrättande upphov till frågor av både principiellt och juridisk-tekniskt intresse, som alltså är relevanta. Det är nämligen inte varje dag som en ny specialdomstol skådar dagens ljus i Sverige — tvärtom har den av statsmakten uttalade målsättningen under modern tid varit att avskaffa de befintliga specialdomstolarna, för att istället ge de allmänna domstolarna och allmänna förvaltningsdomstolarna en vidsträckt saklig kompetens. Och inte nog med det. Som (special)domstol betraktad är FUD särskilt intressant, inte minst eftersom myndigheten kallas ”domstol” trots att den uteslutande ägnar sig åt förvaltning. Därmed verkade reformen också i strid med den uttalade målsättningen att åstadkomma en tydligare distinktion mellan domstolar och förvaltningsmyndigheter.

De två reformlinjer som antydde ovan kan sammanfattas under begreppet ”renodling” — under de senaste decennierna har domstolarnas rättskipande funktion renodlats, men också domstolsväsendet som sådant. 2009 års reform verkade dock, enligt vår uppfattning, i rakt motsatt riktning. Att underkasta FUD en kritisk granskning i dess egenskap av ”domstol” framstår därmed som påkallat.

1.1 Syfte

Denna artikel tar avstamp i tre påståenden: Vi anser (1) att ett rättssystem som gör anspråk på att vara ett system bör vårda vissa centrala begrepp,¹³ (2) att begreppet ”domstol” utgör ett sådant begrepp i en

¹¹ Exempelvis kritik från Advokatsamfundet; se Ramberg i Sveriges Radio den 28 februari 2009 (<http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=2667746>, besökt 2016-01-19).

¹² De tillståndsärenden som domstolen prövar omfattas exempelvis normalt av sekretess, och domstolens sammanträden hålls därför regelmässigt bakom lyckta dörrar; se 15 kap. 1 och 2 §§ OSL samt 14 § LFUD. Till och med förhållandevis allmänna och, kan det tyckas, okontroversiella uppgifter — såsom hur många ärenden domstolen prövar varje år — är undandraget offentligheten och framgår följaktligen inte i domstolens årsredovisning. Istället lämnas dylika uppgifter i en särskild sekretessbelagd bilaga till årsredovisningen.

¹³ Vi delar Ekelöfs uppfattning, såsom den kommer till uttryck i standardverket *Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper: några problem inom den allmänna processrättsläran*, Norstedt, Stockholm, 1956, s. 10: ”Genom att begreppsjurisprudensen kommit ur modet, förefaller det som om intresset för definitioner inom juridiken svalnat. Åtminstone har jag trots mig spåra en tilltagande oenighet hos rättsvetenskapsmännen att definiera de grundbegrepp som de begagnar i sin verksamhet. Det tror jag är att kasta ut barnet med badvattnet. Om man blott uppmärksammar att definitioner ej böra begagnas till något annat än att skapa fasta hållpunkter för tolkningsarbetet, så äro desamma värdefulla hjälpmedel inom rättstillämpningen.” I den rättsvetenskapliga doktrinen finns också flera exempel på studier av just juridiska begrepp; se exempelvis Schultz, Mårten,

stat som gör anspråk på att vara en rättsstat,¹⁴ samt (3) att det är en angelägen rättsvetenskaplig uppgift att uppmärksamma begreppsfråskjutningar i den rättsliga diskursen.¹⁵

Domstolarna har anförtrotts viktiga samhällsuppgifter och till själva domstolsbegreppet som sådant har en rad rättsföljder knutits.¹⁶ För att inte urvattnas och bli meningslöst bör därför detta begrepp reserveras åt sådana organ som åtminstone uppfyller vissa grundläggande ”domstolskriterier”.¹⁷ Mot denna bakgrund kan syftet med denna artikelserie beskrivas som tudelat:

För det första kommer vi att argumentera för att FUD inte bör betecknas domstol,¹⁸ eftersom organet saknar ett antal centrala domstolskaraktäristika. En sådan kritisk diskussion har enligt vår uppfattning ett egenvärde, givet att organet har tilldelats en viktig funktion i samhället. Genom att utförligt motivera varför FUD inte bör benämnas domstol hoppas vi dock, för det andra, kunna lämna ett blygsamt bidrag också till utvecklandet av ett funktionellt svenskt domstolsbegrepp som är förankrat i — eller åtminstone förhåller sig till — den europeiska kontext som Sverige numera är en del av. Utifrån ett vi-
”Kritik mot kränkingsbegreppet” SvJT 2008 s. 37 ff. Sammanfattningsvis anförs där (a.a. s. 37) att ”kränkingsbegreppet, som det har utvecklats [framstår] som en svårsmältbar anomali i skadeståndssystemet” samt att ”kränkingsbegreppet i sin nuvarande tappning är i grunden felkonstruerat och borde överges”. Se även exempelvis Ehrenkrona, Carl Henrik, ”Rättssäkerhetsbegreppet och Europakonventionen” SvJT 2007 s. 38 ff. Av särskilt intresse för denna artikelserie är också Matz avhandling om begreppet domstol i EU-rätten. Se Matz, Henrik, *Begreppet domstol i EU-rätten: en studie av domstolsbegreppet i bestämmelserna om förhandsavgörande*, Iustus, Uppsala, 2010 samt dens. ”Rättskipningens särdrag — några intryck från EU-rätten” SvJT 2014 s. 464 ff.

¹⁴ Jfr exempelvis Westberg, Peter, *Civiltättskipning* (2:a uppl.), Norstedts juridik, Stockholm, 2013 s. 80.

¹⁵ Se exempelvis Glavå, Mats & Petrusson, Ulf, ”Illusionen om rätten! Juristprofessionen och ansvaret för rättskonstruktionerna” i Askeland, Bjarte & Bernt, Jan Fridthjof (red.), *Erkjennelse og engasjement: minneseminar for David Roland Doublet (1954–2000)*, Fagbokforlaget, Bergen, 2002 s. 140, som påtalar juristens ansvar för rättskonstruktionerna och den ständigt närvarande designtanken.

¹⁶ Exempelvis förutsätter RF att ett visst organ kan hänföras till antingen 11:e eller 12:e kapitlet. Se vidare avsnitt 2.1 nedan.

¹⁷ Att få tillträde till domstol (*access to court*) anses exempelvis utgöra en grundläggande mänsklig rättighet, som bl.a. kommer till uttryck i EKMR art. 6.1, men vad innefattar denna rättighet om vilka organ som helst kan kallas för domstolar? Se till det sagda exempelvis *Golder v. The United Kingdom* ansökan nr. 4451/70, där ED noterade (p. 35) att ”[t]he principle whereby a civil claim must be capable of being submitted to a judge ranks as one of the universally ’recognised’ fundamental principles of law; the same is true of the principle of international law which forbids the denial of justice.” Mot denna bakgrund konstaterade domstolen (p. 36) att ”Article 6 para. 1 (art. 6-1) secures to everyone the right to have any claim relating to his civil rights and obligations brought before a court or tribunal. In this way the Article embodies the ’right to a court’, of which the right of access, that is the right to institute proceedings before courts in civil matters, constitutes one aspect only. To this are added the guarantees laid down by Article 6 para. 1 (art. 6-1) as regards both the organisation and composition of the court, and the conduct of the proceedings. In sum, the whole makes up the right to a fair hearing.”

¹⁸ Jfr Sigeman, Tore ”Är arbetsdomstolen egentligen en domstol?” JT 1989–90 s. 193 ff. Om AD; se även Sigeman, Tore ”Arbetsdomstolen i internationellt perspektiv” SvJT 2004 s. 561 ff.

dare perspektiv angår artikeln såtillvida den allmängiltiga frågan om vilka samhällsorgan som bör kallas för domstolar och, lika viktigt, vilka organ som *inte* bör kallas domstolar.¹⁹

1.2 Upplägg

Eftersom det svenska domstolsbegreppet är svagt utvecklat kommer vi att betrakta vår övergripande frågeställning från två infallsvinklar: dels från ett internt "nationellt" perspektiv, dels från ett externt "europeiskt" perspektiv.²⁰ Med andra ord kommer vi i denna inledande artikel att först placera in FUD i en svensk process- och konstitutionellrättslig kontext, genom att relatera inrättandet av den nya "domstolen" till den befintliga regleringen av domstolsorganisationen och de historiska överväganden som har legat till grund för denna. Därefter kommer vi, i en uppföljande artikel, att anlägga ett europarättsligt perspektiv på temat, genom att identifiera de kriterier som Europadomstolen (ED) respektive EU-domstolen (EUD) har tillmätt betydelse vid tillämpningen av de europarättsliga domstolsbegreppen,²¹ samt applicera dessa på FUD. Artikelseriens två delar innehåller dessutom en kortare inledning samt en avslutning, där vi sammanfattar våra slutsatser och lämnar läsaren med några avslutande reflektioner. Av utrymmesskäl publiceras de två delarna i skilda häften i SvJT.

2 Det svenska domstolsbegreppet

Ett samhälle avslöjar sig ofta genom sitt bruk av bilder och ord. Många länder ser på den dömande makten som den tredje statsmakten, mer eller mindre likställd med den lagstiftande och den verkställande makten. I Sverige är det karaktäristiskt nog massmedierna som brukar betecknas som den tredje statsmakten. Domstolarna räknas inte.²²

Att FUD utan större motstånd kunde inrättas som en ny "domstol" i Sverige förstås sannolikt bäst mot bakgrund av den oklara och närmast obetydliga konstitutionella roll som domstolarna historiskt har spelat här i landet.²³ Av tradition har nämligen ingen skarp gräns dra-

¹⁹ Annonlunda uttryckt anlägger vi ett problematiserande förhållningssätt till FUD såsom ett konkret exempel på en större problematik.

²⁰ Vi är naturligtvis medvetna om att både EKMR och EUF-fördraget är delar av den nationella rätten. På så vis är distinktionen oegentlig. Vi menar dock att den ändå har ett analytiskt värde, eftersom den möjliggör en komparation mellan olika rättskulturer.

²¹ Till europarätten hänför vi således både konventions- och unionsrätten; jfr Bernitz, Ulf, *Europarättens genomslag*, Norstedts juridik, Stockholm, 2012 s. 5.

²² Smith, Eivind "Sverige som konstitutionell demokrati" *SvJT* 2000 s. 12.

²³ Se exempelvis Sterzel, Fredrik, *Författning i utveckling: tjugo studier kring Sveriges författning*, Iustus, Uppsala, 2009, som konstaterar (s. 45 f.) att domstolarna "inte har någon framträdande ställning i vår författning" samt Petrén, Gustaf, *Domstolarna och rättsutvecklingen*, Rättsfonden, Stockholm, 1989, som likaså anför (s. 11) att regeringsform ger domstolarna "en förhållandevis undanskynd plats" respektive (s. 23) "inte ger domstolarna någon särskild position". Om domstolarnas obetydliga roll i detta avseende; se även exempelvis Reichel, Jane "Domstolar och/eller förvaltning" *SvJT* 2011 s. 440 ff., där Reichel utvecklar ett antal bidragande orsaker till att domstolarna har fått en sådan roll.

gits varken mellan domstolar/förvaltningsmyndigheter eller mellan rättskipning/förvaltning — tvärtom har gränserna häremellan länge ansetts flytande.²⁴ Sådillvida är det svenska domstolsbegreppet, vid en internationell jämförelse, tämligen outvecklat. Under senare tid kan emellertid en tydlig trend skönjas,²⁵ som i viss mån har börjat omforma det svenska process- och konstitutionellrättsliga landskapet.

Genom ett antal samverkande reformer har lagstiftaren försökt att åstadkomma en tydligare (principiell och funktionell, men också organisatorisk och processuell) boskillnad mellan domstolarna å ena sidan och förvaltningsmyndigheterna å andra sidan. Detta genom en renodling av domstolarnas rättskipande uppgift,²⁶ inom ramen för två konvergerande reformlinjer: dels har förvaltningsuppgifter flyttats från (framförallt allmän) domstol till olika förvaltningsmyndigheter; dels har rättskipningsuppgifter flyttats från förvaltningsmyndigheter till (framförallt förvaltnings-) domstol.²⁷ Till följd av dessa reformer har lagstiftaren skapat ”ordning och reda” i ett system som tidigare präglades av påtaglig oreda, framförallt genom en successiv konkretisering av det svenska domstolsbegreppet och en parallell konsolidering av den svenska domstolsorganisationen.

I det följande ska vi utveckla ovanstående trender var för sig för att därigenom måla en skissartad bild av det svenska process- och konstitutionellrättsliga landskapet (avsnitt 2.1–2.4). Därefter presenterar

²⁴ Jfr Grundlagsutredningen i SOU 1972:15 s. 191 samt exempelvis Bohlin, Alf & Warnling-Nerep, Wiweka, *Förvaltningsrättens grunder* (2:a uppl.), Norstedts juridik, Stockholm, 2007 s. 5, som anför att det ”knappast är korrekt” att det går att göra en klar distinktion mellan rättskipning och förvaltning. Denna sammanblandning har, som Ställvik mycket riktigt konstaterar, ”gamla rötter” och kan till och med betraktas som ”en fundamental del av den svenska rättskulturen.” Se Ställvik, Olof, *Domarrollen: rättsregler, yrkeskultur och ideal*, Uppsala universitet, Uppsala, 2009 s. 92.

²⁵ Detta åtminstone delvis till följd av den tilltagande europeiseringen av den svenska processrätten. Se Mattsson, Dag ”Domarnas makt — domarrollen i ett nytt rättsligt landskap” *SvJT* 2014 s. 587 f., som konstaterar att unions- och konventionsrättens genomslag har ”inneburit en mera framskjuten plats för domstolarna” vilket också kan betraktas som ett uttryck för samhällets ökade ”juridifiering”. Om detta begrepp; se exempelvis Westberg 2013 s. 115, som talar om ”juridifiering” som en synonym till ”förrättsligande” — en trend som innebär en förskjutning av makt från politiska instanser till juridiska. Här ligger också en ökad betoning på rättigheter; se exempelvis Josefsson, Carl ”Domstolarna och demokratin — Något om syftet med grundläggande rättigheter, europeiseringens konsekvenser och aktivismens baksida” *SvJT* 2015 s. 40 och Mattsson *SvJT* 2014 s. 587 ff.

²⁶ Här ligger också en tendens att tydliggöra, samt i viss mån förstärka, domstolarnas konstitutionella roll, såväl visavi den *verkställande makten* (genom att som huvudregel låta samtliga förvaltningsbeslut, och jämväl somliga regeringsbeslut, bli föremål för domstolsprövning; se 22 a § FL och 1 § RprL) som i relation till den *lagstiftande makten* (exempelvis genom en förstärkt lagprövningsrätt; se 11 kap. 14 § RF och diskussionen kring det numera slopade ”uppenbarhetsrekvisitet”).

²⁷ I förlängningen har också rättskipningen koncentrerats till ett mindre antal domstolar inom ramen för ett sammanhållet domstolsväsende — i praktiken genom en parallell *renodling av domstolsorganisationen* som sådan. Således har två sidoställda domstolspyramider (med allmänna domstolar/allmänna förvaltningsdomstolar) inrättats, medan allehanda specialdomstolar successivt har avskaffats. Denna trend har naturligtvis viss bäring på FUD — eftersom FUD är det undantag som bekräftar regeln — men inte direkt på domstolsbegreppet som sådant, och kommer därför inte att fördjupas här. Se dock avsnitt 2.5.

vi FUD och placerar in domstolen i vår nationellrättsliga kontext (avsnitt 3). Slutligen försöker vi besvara den uppställda frågan om FUD bör kallas för domstol, genom att applicera de domstolskriterier som vi har kunnat identifiera i svensk rätt på organet i fråga (avsnitt 4).

2.1 Rättskipning = sådan verksamhet som utövas av domstolar?

I regeringsformens (RF) första kapitel stadgas att det för rättskipningen i Sverige finns domstolar och för den offentliga förvaltningen statliga och kommunala förvaltningsmyndigheter.²⁸ Trots att ett antal ytterligare bestämmelser, både i grundlag och vanlig lag, anknyter till denna distinktion mellan domstolar/förvaltningsmyndigheter — och därmed förutsätter att ett visst organ kan hänföras till rätt kategori — infördes ingen materiell definition i regeringsformen av vilka organ som är att betrakta som domstolar.²⁹ I Grundlagsberedningens (GLB) ursprungliga författningsförslag, som låg till grund för 1974 års regeringsform, gjordes istället ett tappert försök att ge begreppsparet rättskipning/förvaltning ett materiellt innehåll.

Enligt GLB skulle domstolarna avgöra rättstvister, tillämpa strafflag och pröva rättsfrågor, medan förvaltningsmyndigheterna hade att verkställa de beslutande organens föreskrifter.³⁰ De två typerna av statsorgan — som enligt GLB:s förslag förvisso reglerades i samma paragraf, men åtminstone i olika stycken — skulle således kunna särskiljas främst med hänsyn till sina olikartade funktioner i samhället. Under remissbehandlingen kom dock beredningens blygsamma försök att fylla begreppen rättskipning respektive förvaltning med ett substantiellt innehåll att tilldra sig kritik. Somliga — däribland regeringsråden Hjern och Petrén — förklarade att domstolarnas plats i statskicket utgjorde ”en huvudfråga då en författning skall konstrueras”. Mot den bakgrunden kritiserades GLB:s ”allmänna brist på intresse för systematiska frågor och dess inriktning på praktiskt politiska kompromisser”, som medförde att domstolarnas relation till förvaltningen ägnades blott en spalt i den allmänna motiveringen.³¹

Andra menade dock att den försiktiga distinktion mellan rättskipning och förvaltning som kom till uttryck i GLB:s förslag var missvisande — främst eftersom några vattentäta skott inte ansågs föreligga

²⁸ 1 kap. 8 § RF. Stadgandet har samma lydelse även efter 2010 års grundlagsrevision.

²⁹ Se vidare Petrén, Gustaf & Ragnemalm, Hans, *Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar* (12:e uppl.), Inst. för offentlig och internationell rätt, Stockholm, 1980 s. 36 och 265 samt Ställvik 2009 s. 107.

³⁰ SOU 1972:15 s. 17 med specialmotivering på s. 122 f. En motsvarande definition görs också på s. 191, där GLB till rättskipningen hänförde ”den verksamhet som består i att slita rättstvister, i övrigt avgöra frågor angående enskildas personliga eller ekonomiska förhållanden samt att ådöma straff och andra brottspåföljder.” Med förvaltning avsågs ”verkställande av den styrande maktens beslut.” Se till det sagda Petrén & Ragnemalm 1980 s. 34.

³¹ Prop. 1973:90, bilaga 3, s. 166.

mellan dessa två verksamheter.³² Förslaget avfärdades också av departementschefen, med följande motivering:

Enligt gängse terminologi benämns domstolarnas dömande verksamhet rättskipning medan förvaltningsmyndigheternas uppgifter brukar anges vara förvaltning. Det är enligt min uppfattning *inte meningsfullt* att i RF:s inledningskapitel söka ge en närmare karakteristik av den roll som dessa olika samhällsorgan spelar. Över huvud taget torde det *inte vara möjligt* att i några korta satser ge en rättvisande beskrivning av de likheter och olikheter som finns mellan domstolarnas och förvaltningsmyndigheternas verksamheter. Jag föreslår därför att i förevarande paragraf endast slås fast att för rättskipningen finns domstolar och för den offentliga förvaltningen statliga och kommunala förvaltningsmyndigheter.³³

I enlighet med departementschefens förslag kom 1974 års regeringsform att endast antyda två huvudtyper av offentliga organ (domstolar respektive förvaltningsmyndigheter) som handhar två huvudtyper av offentlig verksamhet (rättskipning respektive förvaltning).³⁴ I detta avseende innebar 2010 års grundlagsrevision inga förändringar.³⁵ Det enda som egentligen går att utläsa ur regeringsformens första kapitel är således att det i Sverige finns domstolar och att deras verksamhetsområde huvudsakligen är rättskipning,³⁶ vilket kan illustreras genom följande uppställning:

<i>Organ</i>		<i>Funktion</i>
Domstolar	←————→	Rättskipning
Förvaltningsmyndigheter	←————→	Förvaltning

Beträffande varken organen eller deras respektive funktioner gavs dock någon definition med vars hjälp dessa kan särskiljas.³⁷ Att åstadkomma en sådan distinktion var, som framgick, inte heller avsikten,³⁸

³² Detta då många förvaltningsmyndigheter — på samma sätt som domstolarna — också självständigt har att avgöra rättstvister och pröva rättsfrågor, dvs. ägnar sig åt rättstillämpning. Detta hade dock GLB också konstaterat; se SOU 1972:15 s. 191.

³³ Prop. 1973:90 s. 233 (*kurs*. här).

³⁴ Jfr även Petrén, Gustaf "Domstolarnas ställning enligt 1974 års regeringsform" *SvJT* 1975 s. 5 f.

³⁵ Enligt dir. 2004:96 ingick det inte i GLU:s uppdrag att se över de grundläggande principerna för statsskicket som slås fast i regeringsformens inledande bestämmelser.

³⁶ Petrén 1989 s. 12.

³⁷ Petrén & Ragnemalm 1980 s. 34 och Ställvik 2009 s. 112.

³⁸ Varför det inte var *meningsfullt* att i grundlagen söka särskilja domstolarna från förvaltningen utvecklades inte närmare, men som Ställvik konstaterar är denna inställning närmast symptomatisk för vår rättstradition, där "verkställande och dömande makt varit tätt knutna till varandra under sekler." Se Ställvik 2009 s. 108. Åsikten att det inte är *möjligt* att särskilja dessa verksamheter finns alltså företrädd i den moderna doktrinen; se exempelvis Warnling-Nerep, Wiweka, Lagerqvist Veloz Roca, Annika, Bernitz, Hedvig & Sandström, Lena, *Statsrättens grunder* (5:e uppl.), Norstedts juridik, Stockholm, 2015 s. 113 och härtill Ställvik 2009 s. 112.

eftersom någon artskillnad — eller ens någon principiell skillnad — inte ansågs föreligga mellan den dömande verksamheten och handläggningen av förvaltningsärenden.³⁹ Istället betraktades, med Petréns ord, rättskipning och förvaltning som två ”parallella former av offentlig verksamhet” och domstolarna och förvaltningsmyndigheterna därmed som två ”med varandra jämställda” organ.⁴⁰ Mot den bakgrunden är det föga förvånande att dessa också kom att regleras i ett kapitel i 1974 års regeringsform.⁴¹

Sammantaget laborerar regeringsformen med fyra centrala begrepp: rättskipning och domstol respektive förvaltning och förvaltningsmyndighet. I avsaknad av materiella kriterier kan dessa begrepp endast särskiljas genom en formell distinktion.⁴² Den intressanta följdfrågan blir då vilket av begreppen som ska definiera det andra: Är rättskipning sådan verksamhet som utövas av domstolar, eller är domstolar sådana organ som bedriver rättskipning? I 1974 års regeringsform är svaret givet: Rättskipning kom att definieras som sådan verksamhet som utövas av domstolar, medan förvaltning kom att utgöra sådan verksamhet som bedrivs av förvaltningsmyndigheter.⁴³ Begreppen rättskipning/förvaltning blev således direkt avhängiga av begreppen domstol/förvaltningsmyndighet, vilket kan illustreras enligt följande:

³⁹ Petrén & Ragnemalm 1980 s. 34 och Petrén *SvJT* 1975 s. 6 f.

⁴⁰ Petrén *SvJT* 1975 s. 5. Se även SOU 1991:106 s. 46 f.

⁴¹ Jfr SOU 1972:15 s. 191 (*kurs*, här): ”Med hänsyn till de *betydande likheter*, som enligt det ovan sagda föreligger mellan domstolarnas och förvaltningsmyndigheternas verksamhet, har beredningen funnit det lämpligt att samla reglerna om rättskipning och förvaltning i ett kapitel.” Se härtill Petrén & Ragnemalm 1980 s. 264, Petrén *SvJT* 1975 s. 6 och Petrén 1989 s. 13. Se även Sterzel 2009 s. 46, som förklarade ”att Sverige nog är det enda land som i sin främsta grundlag har fört samman rättskipning och förvaltning till en rubrik.” Denna ordning kom att kritiserats av ett antal remissinstanser. Se prop. 1973:90 bilaga 3 s. 235 ff. och härtill Stållvik 2009 s. 109 ff.

⁴² Jfr Ekelöf, Per Olof & Edelstam, Henrik, *Rättegång — Första häftet* (8:e uppl.), Norstedts juridik, Stockholm, 2002 s. 31, som talar om en ”formell distinktion” mellan rättskipning och förvaltning, Lindell, Bengt, *Civilprocessen: rättegång samt skiljeförfarande och medling* (3:e uppl.), Iustus, Uppsala, 2012 s. 37, som likaså hänvisar till en uppdelning av ”rent formell karaktär” samt Lavin, Rune, *Domstol och administrativ myndighet*, Norstedt, Lund, 1972 s. 3, som talar om ”avsaknaden av materiella kriterier, efter vilka man kan särskilja förvaltningen från rättskipningen”, liksom att doktrinen ”trots sina ansträngningar misslyckats med att på materiella grunder hålla isär rättskipning och förvaltning”. Se även SOU 1991:106 s. 47 och Westberg 2013 s. 36 ff. Att tydligare regler härom inte infördes i grundlagen kritiserades bl.a. av RegR:s ledamöter, som anförde att det på ett ”tydligare sätt än som skett i själva grundlagen [måste] klarläggas vilka de myndigheter är som skall betecknas domstolar och som skall lyda under grundlagens bestämmelser om domstolar och i denna egenskap skipa rätt.” Se prop. 1973:90 bilaga 3 s. 241 och härtill Stållvik 2009 s. 123.

⁴³ Petrén & Ragnemalm 1980 s. 34.

<i>Organ</i>		<i>Funktion</i>
Domstolar	→	Rättskipning
Förvaltningsmyndigheter	→	Förvaltning

Detta sakernas tillstånd inbjuder naturligtvis till ett cirkelresonemang, om de två organen i sin tur definieras med hänvisning till sina huvudsakliga verksamheter. För att undvika en logisk kullerbytta måste med andra ord begreppen domstol respektive förvaltningsmyndighet kunna särskiljas *utan hänvisning till deras olikartade funktioner*.⁴⁴ En funktionell begreppsbestämning är med andra ord omöjlig, om domstolsbegreppet är avsett att fylla rättskipningsbegreppet med innehåll.

Givet att det inte går att särskilja domstolar från förvaltningsmyndigheter med hänsyn till myndigheternas olika funktioner — därför att distinktionen mellan rättskipning och förvaltning kom att anknytas till de prövande organens beskaffenhet⁴⁵ — kan man dock fråga sig vad som återstår som särskiljande kriterium. I denna fråga erbjuder inte förarbetena någon enhetlig lösning,⁴⁶ och inte heller i litteraturen ges ett säkert svar;⁴⁷ enligt Petrén och Ragnemalm har domstolar (1) ”en mer kvalificerad sammansättning” än förvaltningsmyndighet-

⁴⁴ Med Petrén och Ragnemalms ord: ”Om en materiell bestämning av begreppen rättskipning och förvaltning sålunda ansetts kunna undvaras i RF, måste däremot — trots att RF ej heller här ger någon vägledning — de för dessa grundläggande begreppen *domstol* och *förvaltningsmyndighet* kunna särhållas. [...] Självfallet måste man, för att icke hamna i en cirkel, avstå från att bestämma begreppen domstol och förvaltningsmyndighet med hjälp av termerna rättskipning och förvaltning.” Se Petrén & Ragnemalm 1980 s. 36 (*kurs. där*).

⁴⁵ Jfr Petrén 1989 s. 13 (*kurs. här*), som förklarar att rättskipning utmärker sig från förvaltning genom att ”förfarandet och avgörandet *anförtratts ett organ* av sådan sammansättning och sådan oavhängighet att det traditionellt anges som domstol.”

⁴⁶ I olika lagstiftningsärenden har olika mer eller mindre ”materiella” kriterier använts. För att avgränsa kretsen förvaltningsdomstolar föreslog exempelvis besvärssakkunniga att det avgörande kriteriet borde vara ledamöternas skyldighet att avlägga domared; se SOU 1964:27 s. 106. Departementschefen ville dock snarare fästa vikt vid om lagen (1955:261) om avstängning av domare var tillämplig på ledamöterna; se prop. 1971:30 s. 297 och vidare s. 615, där departementschefen anförde följande: ”Till förmån för uppfattningen att försäkringsrådet ändå bör anses ha karaktären av domstol kan främst anföras att i lagen (1955:261) om avstängning av domare försäkringsrådet likställs med bl.a. regeringsrätten och kammarrätten och betecknas som särskild domstol (jfr prop. 1964:140 s. 99). Detta förhållande synes mig böra tilläggas sådan vikt att jag ... funnit mig böra inta ståndpunkten att försäkringsrådet bör betraktas som en förvaltningsdomstol vilken vid utövningen av sin huvudsakliga verksamhet faller utanför förvaltningslagens tillämpningsområde.” Se härtill Lavin 1972 s. 7.

⁴⁷ I sin avhandling *Domstol och administrativ myndighet* härleder exempelvis Lavin som utgångspunkt sitt domstolsbegrepp ur den domsrätt som uppdrogs åt HD i den äldre regeringsformen. Sålunda anför Lavin 1972 s. 5, att till ”domstolarna torde man därför också kunna räkna de organ, vilkas kompetens huvudsakligen omfattar frågor, som genom fullföljd av talan slutligt kan prövas av HD.” Att låta den omständigheten att HD var slutinstans i viss instanskedja vara avgörande betecknade dock Lavin som ett ”synnerligen formellt betraktelsesätt”, och HD-kriteriet används därför inte ensamt.

er och tillämpar (2) ”ett mer utvecklat förfarande”. Som Petrén och Ragnemalm konstaterar ger dock dessa två kriterier inte några ”säkra hållpunkter”, eftersom åtskilliga förvaltningsmyndigheter har både en kvalificerad sammansättning och ett utvecklat förfarande, utan att för den sakens skull betraktas som domstolar. Petrén och Ragnemalm stannar därför inte vid dessa två (materiella) domstolskriterier utan tillägger också, närmast i förbifarten, ett ytterligare (formellt) sådant:

Problem uppkommer endast beträffande sådana organ, som icke uttryckligen benämns domstol. Har riksdagen i lag betecknat ett organ som domstol, får dess grundläggande status anses vara avgjord ...⁴⁸

Denna ståndpunkt — som ger uttryck för en påtaglig lojalitet mot lagstiftaren — är intressant givet temat för denna artikel, eftersom den avgränsar problembeskrivningen på ett otillfredsställande sätt. Med Petréns och Ragnemalms logik reduceras nämligen problematiken till att vissa organ *inte* betecknas domstolar, trots att de (enligt materiella kriterier) bör betecknas domstolar. Däremot är det tydligen inte problematiskt om ett visst organ i lag betecknas domstol, trots att det inte uppfyller några materiella domstolskriterier. Ty har riksdagen i lag betecknat ett organ som domstol är dess grundläggande status ”avgjord”. Enligt vår mening kan detta synsätt sättas ifråga. Av skäl som vi kommer att utveckla menar vi att det aktuella problemet bör angripas i båda ändarna: Sådana organ som å ena sidan uppfyller ett antal centrala domstolskriterier bör inkluderas i domstolsbegreppet, medan sådana organ som å andra sidan inte uppfyller dessa kriterier bör exkluderas ur domstolsbegreppet — oavsett hur riksdagen i lag har valt att beteckna organen.

Att fästa avgörande vikt vid vad riksdagen i lag har valt att beteckna ett organ är visserligen en smidig lösning, eftersom det är lätt att läsa innantill. En dylik formell begreppsbestämning är också vanligt förekommande, och tenderar att leda till en enkel uppräknings.⁴⁹ Detta kan exemplifieras med Domarlagsutredningens (DLU) betänkande *En reformerad domstolslagstiftning*, där utredningen gjorde gällande att domstolsbegreppet har ”en bestämd betydelse i den svenska rättstraditionen”, under anförande av följande:

Som domstolar betecknas de allmänna domstolarna — tingsrätter, hovrätter och Högsta domstolen — och de allmänna förvaltningsdomstolarna — förvaltningsrätter, kammarrätter och Högsta förvaltningsdomstolen (tidigare Regeringsrätten). Termen ”de allmänna domstolsslagen” används ofta som en gemensam beteckning på de nämnda domstolarna. Dessutom omfattar domstolsbegreppet våra fyra specialdomstolar. Dessa är Marknadsdomstolen, Arbetsdomstolen, Patentbesvärsträtten och Försvarsunderrättel-

⁴⁸ Petrén & Ragnemalm 1980 s. 36 (*kurs. här*).

⁴⁹ Jfr Lavin 1972 s. 2, som anför att domstols- respektive myndighetsbegreppet enklast torde kunna avgränsas från varandra ”genom någon form av uppräknings av de organ, som en av termerna anses skola beteckna”.

sedomstolen. Som en variant på domstolsbegreppet förekommer olika s.k. särskilda domstolar. Några exempel på dessa är mark- och miljödomstolarna, migrationsdomstolarna och sjörättsdomstolarna. Ingen av de särskilda domstolarna är dock administrativt fristående, utan de ingår alla som en del i någon allmän domstol eller allmän förvaltningsdomstol. De omfattas således också av begreppet domstol. När vi fortsättningsvis talar om domstolar avses om inget annat anges bara de som just nämnts.⁵⁰

Som synes ger DLU det svenska domstolsbegreppet sin ”bestämda” betydelse genom att helt enkelt räkna upp de organ som i grundlag eller vanlig lag betecknas som domstolar.⁵¹ Att på detta vis fästa avgörande vikt vid organets formella status är dock problematiskt, inte minst eftersom regeringsformen ger lagstiftaren betydande friheter både vad avser domstolarnas sammansättning och formernas för deras förfarande.

Domstolarna regleras numera i regeringsformens 11 kap. Den största skillnaden jämfört med förvaltningsmyndigheterna är att domstolarna garanteras ett större mått av självständighet. Som Petrén och Ragnemalm konstaterar är det dock frågan om en skillnad i grad snarare än art.⁵² I alla ärenden av större betydelse — det vill säga sådana beslut som avser myndighetsutövning — skyddas nämligen enskilda från extern inblandning, oavsett om beslutet i det enskilda fallet ankommer på en domstol eller på en förvaltningsmyndighet.⁵³

För att ytterligare säkerställa domstolarnas självständighet är den enskilda domaren även tillerkänd en särskilt skyddad rättsställning jämfört med andra beslutsfattare.⁵⁴ Den praktiska betydelsen av detta stadgande kom emellertid i praktiken att urvattnas högst betydligt, genom reglerna om domstolarnas sammansättning. Regeringsformen uppställer nämligen inget absolut krav på att det vid domstol ska finnas ordinarie domare.⁵⁵ I förarbetena till 1974 års regeringsform an-

⁵⁰ SOU 2011:42 s. 89.

⁵¹ Se 11 kap. 3–5 §§ RF. På samma okritiska sätt som DLU behandlar också Melin FUD i sin översikt över ”våra domstolar” utan att reflektera kring om organet faktiskt är en domstol. Se Melin, Stefan, *Våra domstolar: organisation och verksamhet m.m.*, Norstedts juridik, Stockholm, 2012 s. 39 och 149 ff.

⁵² Petrén & Ragnemalm 1980 s. 284.

⁵³ Såvitt avser domstolarna stadgades tidigare i 11 kap. 2 § 1974 års RF att ingen myndighet, och ej heller riksdagen, fick bestämma hur en domstol skulle döma eller annars tillämpa en rättsregel i ett enskilt fall. För förvaltningsmyndigheterna gällde istället, enligt 11 kap. 7 § 1974 års RF, att ingen myndighet, och ej heller riksdagen eller kommunens beslutande organ, fick bestämma hur en förvaltningsmyndighet skulle besluta eller annars tillämpa lag i ett särskilt fall som rörde myndighetsutövning mot enskild. Dessa regler kom inte att ändras nämnvärt genom 2010 års grundlagsrevision. I 11 kap. 3 § RF finns visserligen ett tillägg, enligt vilket ingen annan myndighet får bestämma hur dömande uppgifter ska fördelas mellan enskilda domare, men i övrigt föreligger inga skillnader. Domstolarnas oberoende diskuteras bl.a. av Lerwall, Lotta ”Makten över domstolarna — om styrning av oberoende domstolar” *SvJT* 2014 s. 597 ff., se särskilt s. 601 ang. 11 kap. 3 § RF.

⁵⁴ Se 11 kap. 5 § 1974 års RF och jfr 11 kap. 7–11 §§ RF.

⁵⁵ GLB hade föreslagit en regel enligt vilken det i HD och RegR endast fick tjänstgöra *ordinarie domare*, medan det vid annan domstol skulle finnas minst *en* ordinarie domare. Detta förslag — att det räcker med en ordinarie domare per domstol

förde departementschefen att det förvisso ”rimmade bäst” med domstolarnas självständiga ställning om ”domstolens dömande befattningshavare i största möjliga utsträckning utgörs av domare som åtnjuter ett sådant anställningsskydd som nu tillkommer ordinarie domare” men att det av ”organisatoriska skäl” inte var möjligt att uppställa en sådan regel.⁵⁶ Resultatet av detta synsätt blev en regel enligt vilken det vid andra domstolar än de högsta instanserna räckte att det fanns *en* ordinarie domare.⁵⁷ Såvitt avsåg ”domstolar som har inrättats för handläggningen av en viss bestämd grupp eller vissa bestämda grupper av mål” kunde dock undantag göras genom lag. Den nuvarande regeln i regeringsformen har samma lydelse.⁵⁸ Följaktligen går det att göra undantag till och med från det ”minst sagt prekär[a] skydd för domstolarnas oberoende” som grundlagen ställer upp, vid inrättandet av diverse specialdomstolar.⁵⁹ Till detta kommer att regeringsformen ger en ”mycket fragmentarisk” bild av domstolsorganisationen,⁶⁰ vilket kan illustreras enligt följande:

11 kap. 1 § 1974 års RF

Högsta domstolen är högsta allmänna domstol och regeringsrätten är högsta förvaltningsdomstol. [...] *Annan domstol* än högsta domstolen och högsta förvaltningsdomstolen inrättas med stöd av lag.⁶¹

11 kap. 1 § 2010 års RF

Högsta domstolen, hovrätterna och tingsrätterna är allmänna domstolar. Högsta förvaltningsdomstolen, kammarrätterna och förvaltningsrätterna är allmänna förvaltningsdomstolar [...] *Andra domstolar* inrättas med stöd av lag.⁶²

Numera ges visserligen en uttömmande uppräkningslista av de allmänna domstolarna respektive allmänna förvaltningsdomstolarna, men restkategorin ”andra domstolar” lämnas som synes fortfarande vidöpbetraktad som organisatorisk enhet — tilldrog sig under remissbehandlingen skarp kritik, något förenklat på den grunden att i princip *alla* domare vid *alla* domstolar borde vara ordinarie domare, med möjlighet till undantag i lag. Se prop. 1973:90 bilaga 3 s. 245 ff.

⁵⁶ Prop. 1973:90 s. 381. I anslutning här till anförde också KU att det ”knappast” kunde komma ifråga att ”göra domstolsbegreppet beroende av om i domstolen finns ordinarie domare eller ej”, eftersom det även framgent måste gå att inrätta specialdomstolar och organisera dessa på ett ”rationellt” sätt. Se KU 1973:26 s. 69.

⁵⁷ Se 11 kap. 1 § 1974 års RF.

⁵⁸ Se 11 kap. 1 § 3 st. RF.

⁵⁹ Petrén & Ragnemalm 1980 s. 269. Lagtekniskt medför detta att domstolsbegreppet inte kan avgränsas med hänvisning till att organet är bemannat med ordinarie domare, eftersom riksdagen rent teoretiskt kan inrätta en (special)domstol helt befriad från ordinarie domare, om detta anses ”rationellt”. Med hänvisning här till uttalade Holmberg & Stjernquist att lagstiftaren tydligen ville ha händerna fria vid inrättandet av eventuella framtida specialdomstolar. Denna uppfattning delas av Ställvik, som anför att ”friheten att inrätta specialdomstolar av allehanda slag var viktigare än att bemanna domstolarna med ordinarie domare.” Se Holmberg, Erik & Stjernquist, Nils, *Grundlagarna med tillhörande författningar*, Norstedt, Stockholm, 1980 s. 368 respektive Ställvik 2009 s. 124.

⁶⁰ Petrén & Ragnemalm (1980) s. 265.

⁶¹ *Kurs*. här.

⁶² *Kurs*. här.

pen.⁶³ Detta är särskilt problematiskt eftersom grundlagen inte heller innehåller några bestämmelser som närmare preciserar *vad* domstolarna får eller ska ägna sig åt, eller *hur* verksamheten vid domstol ska bedrivas.

Visserligen framgår av regeringsformens inledande kapitel att det för rättskipningen finns domstolar, men detta stadgande ska inte förstås som att domstolar måste ägna sig åt rättskipning.⁶⁴ Med andra ord finns det ingenting som hindrar riksdagen från att exempelvis inrätta en ”domstol” för att endast fullgöra rena förvaltningsuppgifter. Stadgandet att en rättegång vid domstol ska vara rättvis blir då utan betydelse, eftersom verksamheten inte utgör rättskipning.⁶⁵

Sammanfattningsvis har vi ingenting att invända mot att domstolsbegreppet avgränsas med hänsyn till organets sammansättning och formerna för dess förfarande, och för denna bedömning kan organets juridiska beteckning tjäna som *utgångspunkt*. Att ett organ i lag betecknas domstol medför nämligen rent lagtekniskt att organet (och dess befattningshavare) kommer i åtnjutande av ett visst grundlagskydd, men också att vissa krav ställs på dess verksamhet. I förstnämnt avseende handlar det framförallt om att domstolarnas (och domarnas) självständighet säkerställs, och i sistnämnt avseende om att garantera en rättssäker process. I regeringsformen har det dock alltid funnits en betydande öppning för lagstiftaren att genom lag inrätta fler domstolar än de omnämnda, för att fullgöra i princip vilka uppgifter som helst, i vilken sammansättning som helst, och i vilka former som helst.⁶⁶ Att ett organ i lag betecknas domstol kan därför inte vara tillräckligt för att organets status ska anses avgjord en gång för alla. Istället bör större vikt fästas vid de två materiella kriterier som Petrén och Ragnemalm för fram, det vill säga vid (1) att organet *faktiskt* är självständigt samt två (2) att det *faktiskt* erbjuder ett rättssäkert förfarande. Därtill vill vi föreslå ett ytterligare materiellt kriterium: (3) att organet har en *rättskipande funktion*.

Att avgränsa det svenska domstolsbegreppet med hänvisning till den samhällsfunktion som tillkommer domstolar i demokratiska rättsstater är idag möjligt, till följd av den successiva renodlingen av dom-

⁶³ Se till det sagda SOU 2008:125 s. 349 och 747 ff., samt prop. 2009/10:80 s. 122 ff.

⁶⁴ Av 11 kap. 4 och 5 §§ RF framgår att rättskipningsuppgifter inte får fullgöras av riksdagen i vidare mån än vad som följer av grundlag eller riksdagsordningen, samt att rättstvister mellan enskilda inte utan stöd av lag får avgöras av andra myndigheter än domstolar. Dessa lagrum hindrar således att rättskipningsuppgifter — i synnerhet avgörandet av rättstvister mellan enskilda — fullgörs av andra organ än domstolar, men hindrar inte domstolarna från att fullgöra andra uppgifter än rättskipning.

⁶⁵ Jfr 2 kap. 11 § 2 st. RF. Av detta stadgande följer förvisso att en rättegång ska genomföras rättvist och inom skäligen tid, men regeln omfattar endast domstolarnas rättskipning, det vill säga just rättegången vid domstol — all annan verksamhet faller utanför.

⁶⁶ Jfr dock 2 kap. 11 § 2 st. RF ang. formerna för domstolarnas rättskipande uppgift.

stolarnas rättskipande uppgift som har ägt rum under de senaste decennierna. Att någon skiljelinje tidigare inte kunde dras mellan förvaltning/förvaltningsmyndigheter och rättskipning/domstolar har nämligen två samverkande förklaringar: Å ena sidan var det missvisande att uteslutande tala om domstolarnas verksamhet såsom rättskipande, eftersom domstolarna (främst tingsrätterna) handlade ett betydande antal ärenden av ren förvaltningskaraktär.⁶⁷ Å andra sidan ankom rättskipande uppgifter i hög utsträckning på olika förvaltningsmyndigheter; huvudregeln var rent av att överordnade förvaltningsmyndigheter fungerade som besvärinstanser för myndighetsbeslut mot enskilda.⁶⁸ Med andra ord hade såväl domstolar som förvaltningsmyndigheter både rättskipande och förvaltande uppgifter, och det är därför föga förvånande att de blandades samman.⁶⁹

Under modern tid har dock domstolarnas rättskipande uppgift renodlats enligt de två konvergerande reformlinjer som vi har nämnt ovan: Förvaltningsuppgifter har flyttats från domstol till olika förvaltningsmyndigheter och rättskipningsuppgifter har flyttats från förvaltningsmyndigheter till domstolar. De tidigare reformerna motiverades av resursskäl, medan de senare har syftat till att bringa svensk rätt i samklang med den rätt till domstolsprövning som följer av artikel 6.1 i Europakonventionen (EKMR). På ett principiellt plan har dock båda reformerna haft samma grundläggande utgångspunkt: Att domstolar är till för att döma och därför ska ägna sig åt just dömande verksamhet.⁷⁰

2.2 Den första trenden: Överflyttning av förvaltningsuppgifter från domstol

Utöver den rättskipande funktionen ankom under lång tid ett antal "sidofunktioner"⁷¹ på allmän domstol; dessa har sedan processreformen haft att dels handlägga ett stort antal ärenden enligt lagen (1946:807) om handläggning av domstolsärenden, numera ersatt genom lagen (1996:242) om domstolsärenden ("ärendelagen" eller "ÄL"); dels att avgöra mål enligt bestämmelserna i rättegångsbalken

⁶⁷ Se exempelvis Ställvik 2009 s. 92.

⁶⁸ Detta enligt den medeltida rätten att "gå till kungs". Se exempelvis Warnling-Nerep m.fl. 2015 s. 133.

⁶⁹ Särskilt med tanke på att regeringsformen tillerkände båda organen ett grundläggande oberoende vid beslutsfattandet.

⁷⁰ Jfr Lind, Johan, "Lars Heuman och Peter Westberg, Argumentationsformer inom processrätten" *JT* 1993–94 s. 598, som apropå NJA 1991 s. 363 och den då aktuella frågan om förvaltningsdomstols dom är en exekutionstitel anförde följande: "Domstolar är till för att slita tvister mellan enskilda eller mellan det allmänna och enskilda parter, inte för att ge partsbesked på det allmännas vägnar. [...] Mot denna bakgrund har jag svårt att förstå Strömbergs kritik att Högsta domstolen med hjälp av en avancerad argumentationsteknik har satt grundläggande förvaltningsrättsliga principer ur spel. Jag menar att Högsta domstolen i själva verket inte har satt några principer ur spel utan tvärtom slagit vakt om principen att domstolar är till för att döma."

⁷¹ Se SOU 1991:106 s. 51 ang. detta begrepp.

(1942:740) ("RB").⁷² Handläggningen av ärenden är att hänföra till den så kallade frivilliga rättsvården,⁷³ som innebär "ett slags service åt allmänheten" och till sin karaktär utgör "ren förvaltning".⁷⁴ Endast domstolarnas prövning av mål⁷⁵ anses således utgöra *rättskipning*, och för denna verksamhet används termerna rättegång och process som synonymer.⁷⁶

Alltsedan 1980-talet har det dock pågått ett idogt arbete med att föra över handläggningen av ärenden från (framförallt allmän⁷⁷) domstol till förvaltningsmyndighet. Under slutet av 80-talet började det nämligen talas om ett "domstolsväsende i kris".⁷⁸ Målen som avgjordes av domstol hade blivit alltmer resurskrävande, och detta i en tid då domstolarna av statsfinansiella skäl inte kunde tillföras mer re-

⁷² Denna distinktion mellan ärende/mål kan i sin tur återföras på begreppsparet *frivillig* respektive *stridig* rättsvård; se SOU 2007:65 s. 99 och Olivecrona, Karl, *Domstolar och tvistemål: en första bok i processrätt* (8:e uppl.), Liber, Lund, 1978 s. 9. Den äldre rättegångsbalken omfattade både domstolarnas rättskipning och frivilliga rättsvård. Se exempelvis SOU 1938:44 s. 5. Det var således först genom nya rättegångsbalkens ikraftträdande som dessa två former av rättsvård underkastades olika regelverk. Anledningen till detta var att de tre principer som lades till grund för den nya balken — muntlighets-, omedelbarhets- och koncentrationsprinciperna — inte lämpade sig för domstolens handläggning av ärenden; se NJA II 1947 s. 87 ff. och prop. 1995/96:115 s. 68 f.

⁷³ ÄL omfattar enligt 1 § endast handläggningen av s.k. "rättsvårdsärenden".

⁷⁴ Olivecrona 1978 s. 9 och Ekelöf & Edelstam 2002 s. 32.

⁷⁵ Ett mål i allmän domstol anhängiggörs genom att endera parten ansöker om — och domstolen sedermera utfärdar — *stämning* på motparten, och avgörs i sak genom att domstolen meddelar *dom*. Ett ärende anhängiggörs däremot inte genom stämning och avgörs inte heller genom dom — istället initieras ett ärende genom ansökan, anmälan, överklagande eller till och med ex officio, och domstolens avgörande — även i sak — betecknas beslut. Se till det sagda 42 kap. 1 och 5 §§ samt 17 kap. 1 § RB (ang. tvistemål), 45 kap. 1 och 9 §§ samt 30 kap. 1 § RB (ang. brottmål) samt 4 § och 27–29 §§ ÄL. Sätillvida bär hanteringen av ärenden vissa likheter med förvaltningsmålen, som också kan initieras på olika sätt, exempelvis genom ansökan, överklagan eller underställning. Oavsett vilket anses dock förvaltningsdomstolarna ägna sig åt rättskipning i sin dömande verksamhet — således även i kommunalbesvärs- och rättsprövningsmål, såväl som i exempelvis tvångsvårdsmål, trots att dessa initieras genom ansökan eller underställning. Se prop. 1971:30 s. 511 och härtill Lavin, Rune, *Förvaltningsprocessrätt*, Norstedts juridik, Stockholm, 2014 s. 15. Följdriktigt betecknas också förvaltningsdomstolarnas — liksom de allmänna domstolarnas — avgörande av saken dom. Se 10 § förordningen (2013:390) om mål i allmän förvaltningsdomstol och härtill Lavin 2014 s. 92.

⁷⁶ Ekelöf 1956 s. 23 och Ekelöf & Edelstam 2002 s. 36. Jfr även Kallenberg, som ägnar hela kapitel 1 i sin omfattande framställning över den svenska civilprocessrätten åt just begreppet *civilprocess*. Se Kallenberg, Ernst, *Svensk civilprocessrätt*, Gleerup, Lund, 1917-1939, bd. I avd. 1 s. 1 ff. Enligt Kallenberg (a.a. s. 5) avses med process inget annat eller mer än det "förfarande, i och genom vilket rättskipning utövas." En identisk definition återfinns även hos exempelvis Hassler, Åke, *Svensk civilprocessrätt: en lärobok*, Nord. bokh., Stockholm, 1963 s. 17: "Med process förstås det förfarande, vari rättskipning utövas." Se även SOU 1994:99 s. 38, där rättskipningsbegreppet definieras som "den dömande verksamheten som samhället genom domstolarna utövar för att upprätthålla rättsordningen" och därtill Ställvik 2009 s. 113.

⁷⁷ Jfr Ds 1992:38 s. 35: "Inom förvaltningsdomstolarna finns det inte samma behov av renodling som hos de allmänna domstolarna, dels därför att förvaltningsdomstolarna inte har någon motsvarighet till tingsrätternas sidofunktioner, dels därför att förvaltningsdomstolarna i allmänhet är överklagandeinstanser. Det finns således inte så många målområden som kan flyttas från dessa domstolar."

⁷⁸ Se exempelvis Ds 1982:2 s. 3 och SOU 1991:106 s. 19.

surser. Den lösning som identifierades inom Justitiedepartementet, och som togfördes i idéskissen *Domstolarna i framtiden*, var renodling. För att kunna hantera de komplicerade målen skulle domstolarna helt enkelt ”befrias” från en rad enklare uppgifter av administrativ/rättsvårdande art.⁷⁹ Denna renodlingstanke löper sedan som en röd tråd genom flera decennier av utredningar och reformer, som tog sin början i överflyttningen av den summariska processen från tingsrätterna till Kronofogdemyndigheten.⁸⁰ I förarbetena till denna reform gjorde departementschefen en uttrycklig hänvisning till den ovan nämnda idéskissen och anförde att en ”av grundtankarna i memorian är att domstolarnas verksamhet skall *renodlas* och att de allmänna domstolarna i huvudsak skall ägna sig åt all döma i tvistemål och kvalificerade brottmål.” En överflyttning av den summariska processen, som inte kunde betraktas som ”rättskipning i egentlig mening” ansågs ligga i linje med denna ”renodlingstanke”.⁸¹

Departementschefen antydde också att en särskild kommitté skulle tillkallas för att undersöka hur domstolarnas uppgifter ytterligare skulle ”kunna *renodlas* till den egentliga rättskipningen.”⁸² På denna kommitté — Domstolsutredningen (DU) — ankom enligt direktiven att se över arbetsfördelningen mellan domstolar och förvaltningsmyndigheter och överväga vilka frågor utanför det ”egentliga rättskipningsområdet” som kunde flyttas från domstolar till andra organ.⁸³ Rättskipningen var således förbehållen domstol, medan annan verksamhet kunde anförtros åt förvaltningsmyndigheter. I utredningens slutbetänkande *Domstolarna inför 2000-talet* lämnades också ett stort antal sådana förslag.⁸⁴

DU:s arbete följdes upp i två departementsskrivelser, där renodling likaså är helt centralt.⁸⁵ I skrivelsen *Reformering av domstolsväsendet — en*

⁷⁹ Ds 1989:2 s 3 och vidare s. 13 ff., särskilt s. 18 ff.

⁸⁰ Se härtill Ds 1988:71 och prop. 1989/90:85.

⁸¹ Prop. 1989/90:85 s. 31 f.

⁸² Prop. 1989/90:85 s. 31 f. (*kurs*. här).

⁸³ Dir. 1989:56 och härtill SOU 1991:106 s. 38.

⁸⁴ Detta utifrån följande allmänna utgångspunkt (SOU 1991:106 s. 41): ”I alla samhällen måste det finnas en mekanism för att slita tvister mellan medborgarna. När samhället har utvecklats har det också vuxit fram ett behov av fristående organ som avgör frågor av svårbedömd natur som uppkommer i förhållandet mellan den enskilde och det allmänna. Det är dessa uppgifter som är huvuduppgifterna för domstolarna.” Se även a. SOU s. 50: ”Domstolarna är samhällets mest kvalificerade beslutsfattare i juridiska frågor. Medan förvaltningsmyndigheterna är specialister på olika sakområden är domstolarnas specialitet att under rättssäkra former lösa juridiska frågor inom flera olika områden. Det är angeläget att spara domstolarnas resurser till de kvalificerade frågorna.” De konkreta förslagen diskuteras i avdelning II, avsnitt 2–15 i SOU 1991:106.

⁸⁵ Däri förklarades (Ds 1992:38 s. 34) att det ”pågår ett arbete med att *renodla* domstolarnas verksamhet till sådana rättskipande uppgifter som oundgängligen kräver domstols medverkan” liksom (Ds 1993:34 s. 11) att det ”under senare år pågått en strävan att effektivisera och *renodla* verksamheten” vid domstol. Allt *kurs*. här. Även i förarbetena till den nya ärendelagen gjordes liknande uttalanden; departementschefen förklarade att ”det primära beslutsfattandet” för åtskilliga ärenden på sikt skulle komma att ”föras bort från de allmänna domstolarna till förvaltningsmyndigheter.” Se prop. 1995/96:115 s. 75.

handlingsplan, liksom i uppföljningen av densamma, bekräftades sedan denna målsättning; regeringen anförde att domstolarnas resurser i största möjliga utsträckning skulle koncentreras till den dömande verksamheten, det vill säga till straffrättskipning, tvistlösning mellan enskilda och mellan enskilda och det allmänna.⁸⁶ Mot bakgrund av dessa principuttalanden tillsattes sedermera Ärendeutredningen (ÄU), som enligt sina direktiv skulle ”utreda förutsättningarna för och lämpligheten av att till förvaltningsmyndighet *flytta över* handläggningen av sådana ärenden som enligt nuvarande ordning handläggs av tingsrätt i första instans.”⁸⁷ I utredningsdirektiven anfördes att verksamheten vid domstol ”i möjligaste mån [skulle] *renodlas* till dömande verksamhet” respektive att ”domstolarnas verksamhet så långt som det är möjligt skall *renodlas* till rättskipning.”⁸⁸ I sitt betänkande *Domstolarnas handläggning av ärenden* lämnade också ÄU — i likhet med DU — ett stort antal konkreta förslag syftande till att ”befria domstolarna från handläggningen av ärenden som inte utgör egentlig rättskipning”.⁸⁹

Sammanfattningsvis pågår sedan ett antal decennier ett intensivt reformarbete syftande till att renodla domstolarnas rättskipande uppgift. Domstolarnas resurser ska koncentreras till den dömande verksamheten. Andra uppgifter, som snarare har karaktären förvaltning, ska i så liten utsträckning som möjligt (och helst inte alls) ankomma på domstol. I den mån en domstol huvudsakligen eller uteslutande har anförtrots sådana sidofunktioner (och därmed inte alls ägnar sig åt dömande verksamhet) kan man mot denna bakgrund ifrågasätta om organet rätteligen bör/ska betecknas domstol.

2.3 Den andra trenden: Överflyttning av rättskipningsuppgifter till domstol

Parallellt med ovanstående reformer skedde en motsvarande överflyttning av rättskipningsuppgifter från förvaltningsmyndigheter till (förvaltnings)domstolar. Under 70- och 80-talet inrättades nämligen dagens system med från förvaltningen fristående förvaltningsdomstolar i tre instanser, som med tiden blev ”riktiga” domstolar med en alltmer omfattande kompetens att pröva olika förvaltningsmål. Under

⁸⁶ Skr. 1999/2000:106. Riksdagen ställde sig bakom skrivelsen; se bet. 1999/2000:JuU22; rskr. 1999/2000:255. I skrivelsen *Reformering av domstolsväsendet — information och uppföljning av handlingsplanen* uttryckte sedan regeringen samma sak, fast negativt bestämt: Sådan verksamhet som *inte* utgjorde dömande verksamhet skulle så långt det är möjligt föras *bort* från domstolarna. Se skr. 2000/01:112, som riksdagen också ställde sig bakom genom bet. 2000/01:JuU29; rskr. 2000/01:283.

⁸⁷ Dir. 2005:124 (*kurs*. här).

⁸⁸ Dir. 2005:124 (*kurs*. här).

⁸⁹ SOU 2007:65 s. 106. Utredningen sammanfattade sina förslag enligt följande (SOU 2007:65 s. 24): ”Antalet ärenden som handläggs av tingsrätt i första instans kan uppskattas till cirka 50 000. Av dessa ärenden föreslår utredningen att cirka 43 500 flyttas till olika förvaltningsmyndigheter. Förslagen innebär att tingsrätt i första instans framgent endast kommer handlägga ett mindre antal ärenden som rör frivillig rättsvård.” De konkreta förslagen diskuteras i avsnitt 7–23 i SOU 2007:65.

90-talet övergavs sedan, en gång för alla, den tidigare oskrivna rätten att ”gå till kungs” till förmån för en generell rätt till domstolsprövning även i tvister med det allmänna.⁹⁰

Organisatoriskt påbörjades genom lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar (LAFD) bygget av en domstolshierarki likvärdig de allmänna domstolarnas. Regeringsrättens funktion som prejudikatinstans renodlades genom ett generellt krav på prövningstillstånd. Tyngdpunkten i förvaltningsrättskipningen flyttades därigenom från Regeringsrätten till kammarrätterna, vars organisation byggdes ut och vars kompetens utvidgades till att i princip svara mot Regeringsrättens.⁹¹ Därefter bröts länsdomstolarna ut ur länsstyrelserna och lades samman i en fristående förvaltningsdomstol med namnet länsrätt, som underställdes kammarrätterna.⁹² I och med detta hade förvaltningsrättskipningen tillskapats en med de allmänna domstolarna parallellställd domstolshierarki i tre instanser, med tyngdpunkten förlagd vid första instans.⁹³

⁹⁰ Se FL 22 a §.

⁹¹ Simultant med att rättskipningen hos RegR och kammarrätterna blev föremål för omfattande organisatoriska förändringar genom 1971 års förvaltningsrättsreform, genomfördes en partiell omorganisation också av förvaltningsrättskipningen i första instans. Sålunda inrättades genom 1971 års länsförvaltningsreform särskilda ”länsdomstolar” (skatterätter och länsrätter) för att svara för förvaltningsrättskipningen på länsnivå; se prop. 1971:14 s. 1 och härtill Lundborg, Åke ”Länsrättsreformen” *FT* 1979 s. 221 f. och Lavin 1972 s. 32. Dessa domstolar var dock inga domstolar i egentlig mening, utan kom att organisatoriskt förläggas till länsstyrelserna; se prop. 1977/78:170 s. 5 och 9, samt Lundborg *FT* 1979 s. 222. Länsförvaltningsreformen samordnades dock med förvaltningsrättsreformen såtillvida att förvaltningsprocesslagen kom att äga tillämpning också hos dessa nyinrättade ”domstolar”; se prop. 1971:14 s 4 och prop. 1971:30 s. 2.

⁹² Prop. 1977/78:170 och prop. 1978/79:86. I sitt betänkande *Länsdomstolarna* (SOU 1977:80) föreslog Länsdomstolskommittén att länsrätterna och skatterätterna skulle brytas ut från länsstyrelserna och istället bilda en allmän förvaltningsdomstol underställd kammarrätterna och RegR. Härigenom önskade kommittén fullfölja den reformlinje som präglade 1971 års förvaltningsrättsreform, nämligen att åstadkomma en boskillnad mellan förvaltningen och rättskipningen. Till denna tankelinje anslöt sig sedermera lagstiftaren; departementschefen uttalade att det var ”både naturligt och angeläget att 1971 års reformer i fråga om förvaltningsrättskipningen fullföljs genom att även första instans anpassas till de principer som gäller för domstolväsendet i allmänhet.” Se prop. 1977/78:170 s. 7 och 9 och härtill Lundborg *FT* 1979 s. 224.

⁹³ Lundberg *FT* 1979 s. 221 och Strömberg, Håkan ”Länsrätt som första domstolsinstans” *FT* 1995 s. 25. Denna strävan realiserades genom flera samverkande reformer: Länsrätterna fick generell kompetens att pröva besvär över förvaltningsmyndigheternas beslut, varigenom dessa kom att fungera som besvärinstans under KamR i så gott som samtliga måltyper; se AFDL 14 § och härtill prop. 1993/94:113 samt Wennergren, Bertil, *Förvaltningsprocesslagen med mera — en kommentar*, Norstedts juridik, Stockholm, 2005 s. 62 ff. För kammarrätternas vidkommande infördes ett i praktiken generellt krav på prövningstillstånd; se FPL 34 a § och härtill prop. 1994/95:27 samt Wennergren 2005 s. 357 ff., och Ragnemalm, Hans, *Förvaltningsprocessrättens grunder* (10:e uppl.), Jure, Uppsala, 2014 s. 265 f. Genom etappvisa reformer flyttades därefter flertalet måltyper till länsrätt som första instans, antingen genom att *flyttas ned* från kammarrätt till länsrätt, eller genom att *flyttas över* från specialdomstol till länsrätt, varefter specialdomstolarna successivt avskaffades; se exempelvis prop. 1990/91:80, prop. 1992/93:215, prop. 1993/94:133, prop. 1994/95:27 och prop. 1995/96:22. Se även Ds 1992:38,

Trots att fler förvaltningsbeslut under årens lopp flyttades över från förvaltningsmyndighet till förvaltningsdomstolar, kom dock det interna systemet för anförande av förvaltningsbesvär länge att existera jämtes systemet med extern domstolsprövning. I enlighet med den oskrivna rätten att "gå till kungs" förutsatte nämligen förvaltningsdomstolarnas behörighet uttryckligt lagstöd.⁹⁴ Om sådant saknades tillämpades den traditionella huvudregeln att statliga myndigheters beslut fick överklagas hos närmast högre myndighet och som sista instans hos regeringen.⁹⁵ Denna "svenska modell" medförde att enskilda i hög utsträckning förvägrades domstolsprövning även i sådana tvister som avsåg civila rättigheter i Europakonventionens mening, vilket i sin tur medförde att Sverige under många år kontinuerligt fälldes för brott mot artikel 6.⁹⁶ Efter ett antal misslyckade reformförsök föreslog till sist Fri- och rättighetskommittén en omvänd instansordningsprincip, innebärande att besvär över förvaltningens beslut som huvudregel skulle få föras hos allmän förvaltningsdomstol såvida något annat inte var särskilt föreskrivet.⁹⁷ Som ett led i en fortsatt översyn av förvaltningsprocessen utarbetades härefter inom Justitiedepartementet ett konkret förslag till en sådan omvänd huvudregel,⁹⁸ vilken sedermera infördes som § 22 a i förvaltningslagen. Denna lagregel karaktäriserades i förarbetena som "en grundläggande nyskapelse när det gäller att anvisa rätt forum för den rättsliga kontrollen av förvaltningen" och ansågs ge uttryck för "en princip om att den rättsliga kontrollen av förvaltningsbeslut bör ske vid domstol".⁹⁹

Processuellt medförde förvaltningsrättsreformen att förfarandet hos förvaltningsmyndighet respektive förvaltningsdomstol kom att regleras i olika lagar: förvaltningslagen (1971:290) (FL) respektive förvaltningsprocesslagen (1971:291) (FPL). Genom att prövningen hos förvaltningsdomstol blev föremål för särreglering önskade departementschefen åstadkomma en tydligare distinktion mellan förvaltningen och (förvaltnings)rättskipningen än vad som ditintills förelåg.¹⁰⁰ Denna tankelinje fullföljdes sedermera genom 1996 års två Ds 1997:29 s. 24 och Lavin, Rune "Socialförsäkringsmål förr och nu — en jämförelse" FT 2003 s. 437 ff.

⁹⁴ Tidigare bestämdes förvaltningsdomstolarnas behörighet i huvudsak genom enumeration; i lagen (1971:309) om behörighet för allmän förvaltningsdomstol att pröva vissa mål samt lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar uppräknades de fall i vilka besvär fick föras hos förvaltningsdomstol. Denna ordning övergavs med tiden till förmån för en ordning där det i varje författning angavs om och i så fall vart ett beslut enligt författningen kunde överklagas. Se exempelvis prop. 1997/98:101 s. 50.

⁹⁵ Prop. 1997/98:101 s. 50.

⁹⁶ Från avgörandet *Sporrong & Lönnroth* ansökan nr. 7151/75; 7152/71 år 1982 till *Mendel* ansökan nr. 28426/06 år 2009 — båda mot Sverige.

⁹⁷ Jfr prop. 1997/98:101 s. 56 f.

⁹⁸ Ds 1997:29.

⁹⁹ Prop. 1997/98:101 s. 60. Se härtill Warnling-Nerep, Wiweka, *En introduktion till förvaltningsrätten*, Norstedts juridik, Stockholm, 2008 s. 247 ff.

¹⁰⁰ Prop. 1971:30 s. 290 ff. Att förvaltningsdomstolarnas verksamhet därigenom underkastades en mer utförlig reglering är förvaltningsmyndigheterna motiverade departementschefen (prop. 1971:30 s. 282 f.) med hänvisning till "den särställning

partsreform. Särskiljande i förhållande till den allmänna processen var nämligen att förvaltningsprocessen dessförinnan var utformad som ett enpartsförfarande inför både förvaltningsmyndigheten och förvaltningsdomstolen.¹⁰¹ Förvaltningsprocessen var alltså under lång tid *inkvisitorisk* till sin karaktär.¹⁰²

Betraktad från ett mer principiellt perspektiv låg i tvåpartsreformen en strävan efter en tydligare boskillnad mellan förvaltningen och förvaltningsrättskipningen, samt att värna allmänhetens bild av förvaltningsdomstolarna som opartiska instanser. Genom att förvaltningsmyndigheten intog partsställning inför förvaltningsdomstolen menade nämligen regeringen att förhållandet mellan förvaltningsförfarandet och förvaltningsprocessen skulle "ändra karaktär", eftersom det hos förvaltningsdomstolar startade "en *ny sorts process* med den enskilde klaganden på den ena sidan och beslutsmyndigheten på den andra." Att processen inför domstol inte längre skulle framstå som en fortsättning på förfarandet hos förvaltningsmyndigheten ansågs stämma överens "med den *roll* som förvaltningsdomstolarna skall ha och som kommit till uttryck i flera lagstiftningsarbeten under senare år."¹⁰³

I litteraturen har det gjorts gällande att ambitionen med tvåpartsreformen var att ge förvaltningsdomstolarna "en ställning av opartisk

som förvaltningsdomstolarna har i rättsskyddssystemet". Vidare anfördes följande (a. st.): "Förvaltningsdomstolarna handlägger i princip bara sådana mål där de rättsliga frågorna spelar en dominerande roll. De skiljer sig vidare från förvaltningsmyndigheterna i gemen genom att de liksom de allmänna domstolarna intar en fristående ställning i förhållande till de intressen som bryter sig mot varandra i målen. I motsats till vad som är fallet hos förvaltningsmyndigheter förekommer det i princip inte att en förvaltningsdomstol tar upp mål till prövning på eget initiativ. Av gammalt är förvaltningsdomstolarna dessutom utrustade med vidsträcktare processuella befogenheter än förvaltningsmyndigheterna. Det har ansetts naturligt att låta formliga muntliga förhandlingar ingå i förfarandet hos domstolarna och att även i övrigt förse dem med fullständiga utredningsmedel, såsom befogenhet att hålla förhör med vittne och sakkunnig. Slutligen kan nämnas att förvaltningsdomstolarna verkar så gott som enbart inom den sektor av förvaltningen som gäller myndighetsutövning mot enskild."

¹⁰¹ Jfr SOU 1955:19 s. 66. På dessa myndigheter ankom följaktligen den intrikata uppgiften att spela en (tre)dubbel roll i processen, det vill säga att tillvarata både det allmännas liksom den enskildes intressen, balansera dessa intressen gentemot varandra och besluta i sak; se exempelvis Bohlin & Warnling-Nerep 2007 s. 98 f., Lavin, Rune, "Civilprocessen och förvaltningsprocessen — en jämförelse" *JT* 1989–90 s. 75, Lavin, Rune "Förvaltningsprocessen inför 2000-talet" *FT* 1992 s. 99 och Vahlne Westerhäll, Lotta, *Den starka statens fall?*, Norstedts juridik, Stockholm, 2002 s. 191.

¹⁰² Se exempelvis Vahlne Westerhäll 2002 s. 191 och SOU 1946:69 s. 88. Den dåvarande ordningen tilldrog sig kritik i litteraturen. Lavin karakteriserade exempelvis den äldre enpartsprocessen som en "besvärande omständighet inom förvaltningsförfarandet" och ifrågasatte om en sådan process "egentligen är i överensstämmelse med vad som brukar kallas 'fair trial' och som kommit till uttryck i artikel 6 Europakonventionen." Se Lavin *FT* 1992 s. 457 och vidare Lavin, Rune "Förvaltningsprocessen år 2000" *JT* 2000–01 s. 99 f., Lavin, Rune "Tvåpartsmål i förvaltningsprocessen" *FT* 1992 s. 101 samt Lavin *JT* 1989–90 s. 75.

¹⁰³ Prop. 1995/96:22 s. 79 (*kurs*. här).

tvistlösare utanför (ovanför) parterna.”¹⁰⁴ Detta uttalande finner också stöd i förarbetena. DU anförde exempelvis i sitt slutbetänkande att domstolsrollen skulle kunna ”renodlas” i en tvåpartsprocess genom att domstolen inom ramen för en sådan avlastas ansvaret för att sakfrågorna i målet blev uttömmande behandlade. Utredningen ifrågasatte rentav om ett enpartsförfarande rätteligen var att betrakta som rättskipning och fann att domstolens anseende var i fara om denna hade att utöva ”vad som i de flesta andra domstolssammanhang är partsfunktioner.”¹⁰⁵

Sammanfattningsvis har det skapats en sammanhållen domstolshierarki även på förvaltningssidan. Vid dessa domstolar har processen ändrat karaktär såtillvida att förvaltningsdomstolarna idag har en egen processlag som likt rättegångsbalken tecknar bilden av kontraktiskt tvåpartsförfarande. Distinktionen mellan förvaltningen och (förvaltnings)domstolarna har därmed tydliggjorts, genom en renodling av den rättskipande funktionen.

2.4 Domstolar = sådana organ som utövar rättskipning?

Som framgått ovan avfärdades en funktionell definition av domstolsbegreppet i förarbetena till 1974 års regeringsform — istället valdes den omvända lösningen, där rättskipningsbegreppet blev avhängigt det prövande organets status. Sedan dess har dock pendeln börjat svänga, på så vis att domstolarna allt oftare definieras genom sin rättskipande funktion.

I sitt slutbetänkande konstaterade 2008 års Grundlagsutredning (GLU) att domstolarna ”genom sina rättskipande uppgifter [är] viktiga organ i vårt samhälle”¹⁰⁶ samt att ”[g]ränserna för vad domstolarnas uppgifter ska vara bestäms ... genom begreppet rättskipning.”¹⁰⁷ Här kan skönjas en principiell omdaning såtillvida, att rättskipningsbegreppet — istället för domstolsbegreppet — skjuts i förgrunden och används som avgränsande kriterium: Domstolarna är viktiga samhällsorgan just *genom* sin rättskipande uppgift, och det är denna uppgift som ska *avgränsa* dem från andra myndigheter.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Se Halila, Leena ”Håller förvaltningsprocesssystemen i Finland och Sverige på att utveckla sig i motsatt riktning?” *FT* 2001 s. 63 f.

¹⁰⁵ SOU 1991:106 del A s. 501. Till DU:s ståndpunkt i sak anslöt sig också lagstiftaren, som anförde (prop. 1995/92:22 s. 79): ”Genom att parterna i en tvåpartsprocess sörjer för ett bättre utredningsmaterial avlastas domstolen en del av arbetet för att sakfrågorna i målet blir tillräckligt utredda och behovet av aktivitet från domstolens sida minskar när det gäller att skaffa in utredning i målet. Det kan vara en fördel eftersom det finns en uppenbar risk att en domstol som i ett enpartsärende självant inhämtar utredning i målet kan komma att uppfattas som partisk”. Se även Westberg, Peter, *Domstols officialprövning: en civilprocessuell studie i avslutning till RB 17:3 p. 1*, Juristförl., Lund, 1988 s. 98 och Dahlgren, Göran ”Allmän förvaltningsdomstols officialprövning” *SvJT* 1994 s. 390.

¹⁰⁶ SOU 2008:125 s. 26. Samma ståndpunkt uttrycks på s. 309: ”Domstolarna är genom sina rättskipande uppgifter viktiga organ i vårt samhälle.”

¹⁰⁷ SOU 2008:125 s. 309 f.

¹⁰⁸ Jfr Lindell 2012 s. 37, som anför att den ”skiljelinje som går mellan rättskipning och förvaltning är ... att tvistlösning är en huvuduppgift för domstolarna samtidigt

Att GLU år 2008 kunde fästa större vikt än tidigare utredningar vid domstolarnas verksamhet som någonting artskilt från förvaltningsmyndigheternas ska förstås mot bakgrund av den successiva renodlingen av domstolarnas rättskipande uppgift, som vi har tecknat i föregående avsnitt. Med utredningens ord:

Under de senaste decennierna har en del förändringar av betydelse i sammanhanget ägt rum. En rad reformer har, i stor utsträckning som en följd av domar från Europadomstolen rörande rätten till domstolsprövning, lett till en större åtskillnad mellan rättskipning och förvaltning. [...] Dessa reformer har tydliggjort att förvaltningen och rättskipningen i större utsträckning hanterar *ärenden av olika slag* och med *olika förutsättningar för handläggningen*.¹⁰⁹

Regeringen delade i allt väsentligt utredningens bild av utvecklingen.¹¹⁰ Eftersom ”betydande likheter” inte längre ansågs föreligga mellan domstolarnas och förvaltningsmyndigheternas uppgifter, kunde en distinktion mellan dessa organ göras med hänvisning till just deras olikartade verksamhet.¹¹¹ Pilen byter med andra ord riktning på så vis, att rättskipningsbegreppet ger domstolsbegreppet ett innehåll:

<i>Organ</i>		<i>Funktion</i>
Domstolar	←	Rättskipning
Förvaltningsmyndigheter	←	Förvaltning

2.5 Fortsatt renodling inom domstolsväsendet

Som framgått ovan var rättskipningen tidigare uppdelad på en mångfald olika organ — både domstolar och förvaltningsmyndigheter.¹¹² De senare hade en varierande grad av ”domstolsmässighet”; dömande verksamhet utövades av allt ifrån centrala förvaltningsmyndigheter (med såväl förvaltande som rättskipande funktioner¹¹³) till särskilt in-

som det typiskt sett är en uppgift som ligger vid sidan av förvaltningsmyndigheternas huvudsakliga arbetsuppgifter.” Se även Heuman, Lars, *Specialprocess: utsökning och konkurs*, (7:e uppl.), Norstedts juridik, Stockholm, 2014 s. 14, som anför att domstolarnas rättskipning ”går ut på att de avgör vem som har rätt i en tvist”.

¹⁰⁹ SOU 2008:125 s. 347 (*kurs. här*).

¹¹⁰ Se prop. 2009/10:80 s. 119: ”Under de senaste decennierna har det skett en del förändringar av lagstiftningen som har lett till att åtskillnaden mellan rättskipning och förvaltning har ökat ytterligare. [...] Dessa reformer har tydliggjort att förvaltning och rättskipning i hög grad hanterar ärenden av olika slag och med olika förutsättningar för handläggningen.”

¹¹¹ En konsekvens av denna principiella förändring blev också att domstolarna och deras verksamhet numera, efter 2010 års grundlagsrevision, regleras i ett eget kapitel i regeringsformen. Se 11 kap. RF samt härtill SOU 2008:125 s. 348 f. och prop. 2009/10:80 s. 119 ff. Se även exempelvis Westberg 2013 s. 36.

¹¹² Därtill ankom rättskipande uppgifter på regeringen, inte sällan som sista instans.

¹¹³ Exempelvis Riksförsäkringsverket och Riksskatteverket.

rättade domstolsliknande nämnder¹¹⁴ (med enbart judiciella uppgifter¹¹⁵).

Att rättskipningen i princip enbart kom att förläggas hos domstolar — istället för att, som tidigare, fördelas mellan domstolar och förvaltningsmyndigheter — innebar naturligtvis en viss renodling. Även domstolsväsendet präglades dock av en påtaglig intern splittring.¹¹⁶ I Sverige har det nämligen funnits en uppsjö olika domstolar — även dessa med en varierande grad av domstolsmässighet. Stommen i systemet har varit pyramiden med allmänna domstolar och, sedan 1970-talet, den motsvarande pyramiden med allmänna förvaltningsdomstolar.¹¹⁷ Utöver dessa har det dock förekommit ett stort antal särskilda domstolar, ibland betecknade ”specialdomstolar”,¹¹⁸ med varierande kopplingar till de allmänna domstolsslagen. I den ovan nämnda idéskissen *Domstolarna i framtiden* anfördes, mot denna bakgrund, att begreppet ”renodling” hade en vidare innebörd än att förlägga rättskipningen hos domstol. Det handlade ”också om renodling inom domstolsväsendet.”¹¹⁹

Det går trender i allt — så även inom processrätten. Under 1600- och 1700-talet inrättades ett stort antal fristående specialdomstolar i Sverige för skilda närings- och yrkesgrenar.¹²⁰ Under 1800-talet gick sedan trenden i motsatt riktning; principen om allas likhet inför lagen vann allmänt erkännande och som ett utflöde av detta principiella nytänkande avskaffades i stort sett alla specialdomstolar.¹²¹ Som Persson konstaterar bleknade dock med tiden ”uppfattningen om specialdomstolarnas skadliga inverkan” och att skapa dylika specialforum för allehanda ändamål blev åter *à la mode*.¹²² Genom inrättandet av 1919 års vattendomstolar var trenden återigen bruten; därefter inrättades Arbetsdomstolen år 1928, och under 60- och 70-talet följde i rask takt

¹¹⁴ Därtill utövades dömande funktioner av olika kollegium och kommissioner, såsom kommerskollegium, kammarkollegium, bergskollegium, reduktionskommissionen, skogscommissionen och kvarncommissionen.

¹¹⁵ Exempelvis de nuvarande hyres- och arrendenämnderna, Brottskadenämnden, Överklagandenämnden för högskolan, samt Statens VA-nämnd. Även Allmänna reklamationsnämnden (ARN) kan nämnas i detta sammanhang; trots att dess beslut endast är rådgivande har ARN stor betydelse på konsumenträttens område.

¹¹⁶ Ds 1992:38 s. 123.

¹¹⁷ Jfr Ds 1993:34 s. 7.

¹¹⁸ Olivecrona 1978 s. 11 skiljde endast mellan två slag av domstolar: ”Våra domstolar indelas i allmänna domstolar och specialdomstolar.” De förra upptar enligt Olivecrona ”mål i allmänhet, alltså mål om vilka intet avvikande är stadgat” medan de senare handlägger ”mål av särskild beskaffenhet som undandragits från de allmänna domstolarnas arbetsområde”.

¹¹⁹ Ds 1989:2 s. 15 (*kurs. här*).

¹²⁰ Såsom hamn- och accisrätter, hall- och manufakturrätter, bergstings- och gruvrätter, holm- och amiralitetsrätter, borgrätter, posträtter m.fl.

¹²¹ Persson, Lennart ”Allmänna domstolar och specialdomstolar” i *Forhandlingerne på det syvogtyvende nordiske juristmøde i Reykjavik den 20-22 august 1975*, 1977 s. 5.

¹²² Persson 1977 s. 6.

Marknadsdomstolen, Bostadsdomstolen, Patentbesvärsträtten¹²³, försäkringsrätter och Försäkringsöverdomstolen.¹²⁴

Det argument som anfördes till stöd för att inrätta 1900-talets specialdomstolar var att kravet på kompetens i dömandet i vissa fall förutsatte specialisering — såväl internt inom domarkåren som genom extern medverkan av icke-lagfarna ledamöter (exempelvis särskilda ledamöter med viss fackkunskap och/eller intresseledamöter).¹²⁵ Under slutet på 1900-talet började dock den fragmentisering som följer med fristående specialdomstolar återigen att kritiseras; det ansågs nu vara angeläget att skapa ett sammanhållet domstolväsende med en bred och allsidig kompetens.¹²⁶

Som ett skäl mot specialdomstolar anfördes bland annat att varje domare borde ha ”en så god överblick över hela det juridiska fältet som möjligt” — en ambition som omöjliggjordes om domarna enbart arbetade med en måltyp.¹²⁷ Av dessa skäl ansåg Processlagberedningen (PLB) redan år 1944, att en alltför långt gången specialisering var förenad med ”allvarliga betänkligheter”, ty även för specialmålens del

... är [det] av stor vikt, att sambandet med den allmänna rättsskipningen såvitt möjligt upprätthålles. Den faran ligger eljest nära, att i fråga om rättsskipningen i specialmål andra rättsgrundsatser bliva förhärskande än som gälla i fråga om rättsskipningen i övrigt; det allmänna förtroendet till domstolarna och deras rättsskipning kan härigenom lida allvarlig skada.¹²⁸

Under slutet av 1970-talet framfördes åter samma principiella invändningar mot fristående specialdomstolar. För att citera Rättegångsutredningen (RU) kan en specialiserad domare ”lätt tappa överblicken över det juridiska fältet med det resultatet att hans bedömningar allt mera avlägsnar sig från den allmänna rättsutvecklingen”. I förlängningen finns det därmed en risk för att det på ett specialområde ”utvecklas värderingar som avviker från gängse uppfattningar i samhället.” Sammantaget menade därför RU att den hittillsvarande ”höga

¹²³ I Ds 1993:34 betecknas PBR för en ”speciell förvaltningsdomstol” i kontrast till BD och MD som endast betecknas ”specialdomstolar”. Vari skillnaden ligger är för oss oklart.

¹²⁴ Jfr Ds 1992:38 s. 31. Under samma period inrättades också ett stort antal domstolsliknande nämnder, närmare bestämt hyresnämnder, arrendenämnder, Statens VA-nämnd, Allmänna reklamationsnämnden och Koncessionsnämnden för miljöskydd.

¹²⁵ Jfr Ds 1993:34 s. 17, Ds 1992:38 s. 31 och SOU 1987:13 s. 62. Att intresseledamöter deltar i dömandet anses också främja parterna förtroende för domstolen. Till följd av att instanskedjan vanligtvis är kortare hos specialdomstol än hos allmän domstol/allmän förvaltningsdomstol, främjas också snabbheten i dömandet. Se även Persson 1977 s. 22 ff.

¹²⁶ Ds 1992:38 s. 32.

¹²⁷ Se exempelvis prop. 1989:90 s. 34. Se även Ds 1989:2 s. 16, där det anförs att det finns en ”risk” för att domare i specialdomstol ”inte uppmärksammar den allmänna utvecklingen på det juridiska området”, samt Ds 1992:38 s. 125, där det likaså talas om att domarna i specialdomstol ”riskerar att förlora den allmänna överblicken över rättsskipningen”. Denna problematik uppmärksammas också av Persson 1977 s. 28.

¹²⁸ SOU 1944:10 s. 5 f.

standarden i dömandet” endast kunde behållas om ”varje domare har en bred kunskap och en allmän överblick över olika typer av juridiska frågor”.¹²⁹

RU menade rent av att specialiseringen hade drivits så långt att det var dags att välja väg: ”antingen en fortsatt utarmning av de vanliga allmänna domstolarna ... eller en återgång till ett mera enhetligt domstolsväsende.”¹³⁰ Enligt utredningen talade ”starka skäl” för den senare lösningen, som också valdes av lagstiftaren. I departementskrivelsen *Domstolsväsendet — Organisation och administration i framtiden* konstaterades att domstolsväsendet inför 2000-talet skulle bygga på två parallella domstolsorganisationer — de allmänna domstolarna respektive allmänna förvaltningsdomstolarna — samt att man i övrigt skulle ”sträva efter ett mer sammanhållet domstolsväsende”, vilket i klartext innebar att ”specialdomstolarna i möjligaste mån [skulle] avskaffas och deras verksamhet inordnas i någon av domstolsorganisationerna.”¹³¹

Som en avvägning mellan de motstående intressen som vi nu har redogjort för — att vidmakthålla en ”generell” kontra ”speciell” kompetens inom domarkåren¹³² — lades ungefär hälften av specialdomstolarna ner, varvid de aktuella måltyperna flyttades till de allmänna domstolsslagen.¹³³ Hos dessa kunde en viss specialisering bland de lagfarna ledamöterna åstadkommas genom att vissa specialprocesser koncentrerades till ett mindre antal allmänna domstolar/allmänna förvaltningsdomstolar, men med den fördelen att de berörda domarna även kom i kontakt med andra måltyper och därmed kunde upprätthålla också en generell kompetens.¹³⁴ Att skapa särskilda domstolar

¹²⁹ SOU 1987:13 s. 74. Som ytterligare skäl mot specialisering har bl.a. anförts rekryteringsproblem, att en dylik splittring både ger upphov till kompetenskonflikter och gör domstolsväsendet svårtillgängligt för den rättssökande allmänheten, samt leder till bristande lokal förankring. Se a. SOU s. 76.

¹³⁰ SOU 1987:13 s. 79.

¹³¹ Ds 1992:38 s. 55. Se även s. 123, där det likaså anförts att ”specialdomstolarna i möjligaste mån bör avskaffas”. I den uppföljande departementskrivelsen *Specialdomstolarna i framtiden* bekräftades denna principiella inställning. Se Ds 1993:34 s. 7: ”Starka skäl talar för att domstolsväsendet hålls samman i möjligaste mån. Ett viktigt skäl för detta är att domstolarna skall ha en bred generell kompetens. Även processekonomiska skäl talar för ett sammanhållet domstolsväsende. På senare år har också praktiska skäl anförts.” Se även a.a. s. 26, där likaså vikten av att ”slå fast principen om domstolarnas generella kompetens” framhålls som argument för att skapa mer sammanhållet domstolsväsende.

¹³² Jfr Ds 1992:38 s. 32, där det talas om kraven på ”generalisering och specialisering”.

¹³³ Detta i enlighet med förslagen Ds 1993:34 s. 7, där det bl.a. föreslogs att BD skulle lägga ned (s. 30 ff.). Dessförinnan hade regeringen, genom prop. 1990/91:80 och prop. 1992/93:215, redan föreslagit att försäkringsrätterna samt FÖD skulle avskaffas.

¹³⁴ Jfr prop. 1969:44 s. 175. Behovet av extern fackkunskap kan hos dessa domstolar, precis som hos de tidigare helt fristående specialdomstolarna, tillgodoses genom att domstolarna emellanåt verkar i annan sammansättning — exempelvis med tekniskt eller ekonomiskt sakkunniga ledamöter. Mot sådana avvikande sammansättningsregler har dock också principiella invändningar rests; starka skäl har ansetts tala mot att nödvändig specialistkunskap tillförs rätten ”över huvudet” på parterna. Trenden har därför snarare varit att, såvitt möjligt, tillgodose behovet av

inom de allmänna domstolsslagen istället för helt fristående specialdomstolar har således varit den uttalade ambitionen under senare tid.¹³⁵

Sammanfattningsvis präglades 1900-talets sista decennier av renodling. För det första renodlades domstolarnas verksamhet genom att rättskipningsuppgifter koncentrerades till domstol, samtidigt som domstolarna befriades från en rad rena förvaltningsuppgifter. Häri låg också en renodling av domarrollen genom att alla processformer — även förvaltningsprocessen — inrättades efter kontradiktoriskt mönster. För det andra renodlades domstolsorganisationen genom att det stora flertalet måltyper koncentrerades hos de allmänna domstolsslagen, medan fristående förvaltningsdomstolar lades ned. Fram till december år 2009 ankom rättskipningen dels på de allmänna domstolarna, dels på de allmänna förvaltningsdomstolarna, varav vissa även fungerade som särskilda domstolar (exempelvis såsom mark- och miljödomstolar respektive migrationsdomstolar). Vid sidan av dessa domstolar har den principiella inställningen varit att helt fristående specialdomstolar så långt möjligt ska undvikas. Följaktligen förekom endast tre specialdomstolar vid 2000-talets ingång: Arbetsdomstolen, Marknadsdomstolen och Patentbesvärsträtten, som alla med nöd och näppe överlevt 90-talets hårda gallring.

Sedan millennieskiftet har dock utvecklingen fortsatt. Genom en nyligen framlagd proposition har beslutats att Marknadsdomstolen och Patentbesvärsträtten ska upphöra som självständiga domstolar, och att deras mål från och med den 1 september 2016 ska övertas av en särskild Patent- och marknadsdomstol, som blir en del av Stockholms tingsrätt.¹³⁶ Kvar bland de tidigare specialdomstolarna blir därmed endast Arbetsdomstolen, som när den inrättades år 1928 hade föregåtts av 20 års grundligt utredningsarbete och som än idag anses fylla en alldeles särskild funktion, genom att hantera tvister inom ramen för den svenska arbetsmarknadsmodellen. Mot denna bakgrund innebar inrättandet av FUD såsom en organisatoriskt helt friställd

expertis med hjälp av *sakkunnigbevisning*. En sådan lösning förordades redan av PLB, som anförde att om "utredning av detta slag tillhandahålles domstolen av dess egna ledamöter och utan någon granskning från parternas sida, kan [det] ur rättssäkerhetens synpunkt icke anses tillfredsställande." Se SOU 1944:10 s. 4. Se även exempelvis prop. 1989/90:71 s. 34, prop. 1990/91:58 s. 184, SOU 1987:13 s. 67 och Ds 1993:34 s. 20. Principiella skäl har också anförts mot intresseledamöters deltagande i rättskipningen. Se exempelvis Ds 1992:38 s. 157.

¹³⁵ Se även prop. 1971:106 s. 113, där det — med hänvisning till prop. 1969:44 — anförs att ett "riktmärke" skulle vara att "vår restriktiva inställning när det gäller att skapa specialdomstolar i egentlig mening behålls och att man eftersträvar att de domare som sysslar med de specifika slagen av mål också har kontakt med tvistemål och brottmål." Det framställdes rent av som en "princip" att specialisering ska uppnås genom en koncentration av mål hos vissa allmänna domstolar istället för specialdomstolar. Samma lösning förordades redan av PLB i SOU 1944:10 s. 6. Se även Persson 1977 s. 28 f: "I varje fall måste risken för isolering kunna motverkas om man väljer den form av specialisering som innebär att specialfunktionerna integreras i allmänna underrätter".

¹³⁶ Prop. 2015/16:57 och därtill Ds 2014:2.

specialdomstol ett verkligt trendbrott. Låt oss mot denna bakgrund bekanta oss lite närmare med FUD.

3 FUD från ett svenskt perspektiv

Quis custodiet ipsos custodes?¹³⁷

3.1 Lagstiftningsprocessen

Den 1 januari 2009 trädde den ursprungliga lagen om signalspaning i försvarsunderrättelseverksamhet i kraft, och genom denna lag inrättades ett särskilt tillståndsförfarande vid signalspaning.

I 1 § LSF, i dess ursprungliga lydelse, föreskrevs att signalspaningsmyndigheten — i praktiken FRA — endast fick bedriva signalspaning enligt den inriktning som regeringen, eller den myndighet som regeringen bestämde, hade beslutat om. Med regeringens ord:

Av 1 § LSF framgår att signalspaning inte får ske om inte en sådan inriktning föreligger. Det finns följaktligen inte något utrymme för Försvarets radioanstalt att på egen hand initiera signalspaningsverksamhet. Alla inhämtningsåtgärder som genomförs ska kunna härledas till regeringens inriktning eller en närmare inriktning från en utpekad myndighet.¹³⁸

FRA var således bunden av den inriktning av spaningsverksamheten som andra myndigheter bestämde, och denna inriktning var i sin tur underkastad tillståndsprovning.¹³⁹ Ärendegången var med andra ord sådan, att de inriktande myndigheterna fick ansöka om tillstånd för en viss inriktning, som vid bifall verkställdes av FRA. Formerna för tillståndsprovningen reglerades i 6 § LSF:

Tillstånd enligt 5 § lämnas av den myndighet som regeringen bestämmer. Myndigheten skall vara fristående från signalspaningsmyndigheten. Prövning av tillstånd skall ske i en enhet inom myndigheten vars ledamöter utses av regeringen för en bestämd tid, minst fyra år. Ordföranden och vice ordföranden skall vara eller ha varit ordinarie domare. Övriga ledamöter skall utses bland personer som föreslagits av partigrupperna i riksdagen.

Vem som ska vaka över övervakarna är alltid en central frågeställning inom ramen för den offentliga maktutövningen — i synnerhet när övervakningen sker i hemlighet. Som synes fick dock denna fråga ett kryptiskt svar i 6 § LSF: En enhet inom den myndighet som regeringen bestämde skulle, i en viss given sammansättning, svara för tillståndsprovningen. Hur ska man då förstå detta lagrum?

Tillståndsprovningen infördes som ett led i att åstadkomma en ändamålsenlig avvägning mellan intresset av en effektiv signalspaning

¹³⁷ "Vem vakar över väktarna?", ursprungligen i Juvenals *Satires*.

¹³⁸ Prop. 2008/09:201 s. 43.

¹³⁹ Enligt 5 § LSF i dess dåvarande lydelse fordrades tillstånd för att en myndighet skulle få ange en inriktning på FRA:s signalspaning. Regeringen och regeringkansliet omfattades dock inte av kravet på tillstånd.

och intresset av att värna den personliga integriteten.¹⁴⁰ Efter att ha gjort en komparativ utblick konstaterade regeringen att det på området inte fanns någon "enhetlig internationell standard — ens bland de stater som är bundna av Europakonventionen — som ställer krav på viss utformning av ett system för förhandsprövning". Frågan hur tillståndsprövningen skulle utformas fick därför "bedömas med utgångspunkt från nationella förutsättningar när det gäller t.ex. förhållandet mellan regering och myndigheter, de begränsningar som föreslås beträffande de syften för vilka signalspaning får bedrivas och de förutsättningar i övrigt som gäller för verksamheten".¹⁴¹ Av central betydelse var dock att prövningen skulle anförtros "ett självständigt och oberoende organ" som var ägnat att "upprätthålla ett brett allmänt förtroende" och som dessutom hade "kunskap om verksamheten och goda möjligheter att hantera sekretessbelagt material".¹⁴² Utifrån dessa premisser diskuterades tre alternativ: tillståndsprövningen skulle kunna ankomma (1) på domstol; (2) på en redan befintlig förvaltningsmyndighet; eller (3) på en ny och för ändamålet särskilt inrättad förvaltningsmyndighet.

3.1.1 Tillståndsprövning i "domstol"

Som utgångspunkt anfördes i förarbetena att "rättssäkerhetsskäl" talade för att låta prövningen utföras av domstol. Det system med offentliga ombud som redan fanns vid domstolsprövning av hemliga tvångsmedel i brottmål skulle exempelvis, enligt regeringen, kunna utnyttjas också vid tillståndsprövningen av signalspaning i underrättelseverksamhet. Trots dessa fördelar fanns det dock övervägande nackdelar som ansågs tala mot en prövning i domstol:

Ett skäl är att det vid signalspaning inte rör sig om användning av straffprocessuella tvångsmedel utan om inhämtning som sker för andra syften och som skall tillgodose olika behov på ett flertal myndigheters verksamhetsområden. Det blir då fråga om en prövning av huruvida behoven kan tillgodoses genom signalspaning och inom de ramar som dragits upp genom lag och regeringens inriktningsbeslut. Prövningen innefattar däremot *inte åtgärder som vidtas inom ramen för ett processrättsligt system* och som utgör förberedande åtgärder till mål som senare kan komma att handläggas av domstol i ordinarie ordning. Istället kommer handläggningen av tillståndsärendena att ställa särskilda krav på erfarenhet av verksamhet som är *främmande för en domstol*, eftersom den innebär prövning av inriktningar som avser behov av mycket skiftande natur och som innefattar bedömningar av utrikes-, säkerhets- och försvarspolitisk karaktär.¹⁴³

¹⁴⁰ Jfr exempelvis prop. 2006/07:63 s. 94: "Syftet med ett system för tillståndsgivning måste följaktligen vara att säkerställa att signalspaningsverksamheten endast bedrivs för att tillgodose de i lag angivna ändamålen och att det sker på ett sätt som är proportionerligt med hänsyn till dessa ändamål."

¹⁴¹ Prop. 2006/07:63 s. 95.

¹⁴² Prop. 2006/07:63 s. 98 f.

¹⁴³ Prop. 2006/07:63 s. 99 (*kurs. här*).

Med hänsyn till att prövningen föll utanför det ”processrättsliga systemet” och var ”främmande för en domstol” menade regeringen att prövningen inte borde ankomma på en domstol, vilket dock inte hindrade att det organ som anförtroddes tillståndsprövningen gavs en ”domstolsliknande sammansättning”.¹⁴⁴

3.1.2 Tillståndsprövning hos Försvarets underrättelsenämnd i en ”domstolsliknande sammansättning”

Efter att ha konstaterat att domstolarna var olämpliga att utföra tillståndsprövningen diskuterades huruvida en ny myndighet borde inrättas uteslutande för den aktuella uppgiften. Även detta alternativ avfärdades dock med hänvisning till att myndigheten i så fall skulle få alltför begränsade uppgifter.¹⁴⁵ Istället valde regeringen den något kreativa lösningen att låta den förvaltningsmyndighet som redan utövade tillsyn över FRA — Försvarets underrättelsenämnd (FUN)¹⁴⁶ — fungera som tillståndsmyndighet, med följande motivering:

Nämnden är en självständig myndighet under regeringen som — utan någon beroendeställning till de myndigheter som bedriver försvarsunderrättelseverksamhet — skall kontrollera signalspaningsverksamheten och annan försvarsunderrättelseverksamhet och som därigenom har detaljerad insikt i förutsättningarna för verksamheten. Det kan mot denna bakgrund anses att nämnden är den redan befintliga myndighet som idag bäst lämpar sig för att få till uppgift att lämna tillstånd till signalspaningen.¹⁴⁷

Regeringen medgav förvisso att det kunde ”uppfattas” som att FUN i den föreslagna ordningen skulle få dubbla roller — dels som tillståndsgivare, dels som tillsynsorgan — vilket kunde väcka vissa betänkligheter med tanke på hur viktigt det var att tillståndsfunktionen framstod som självständig, oberoende och åtnjöt ett stort förtroende. Problemet var dock, med regeringens ord, endast ”skenbart” — det var fullt möjligt att inrymma såväl en tillstånds- som en tillsynsfunktion hos en och samma myndighet, så länge dessa funktioner utövades oberoende av varandra. För att säkerställa detta angavs — på Lagrådets inrådan — att de två enheterna skulle ha skilda sammansättningar för hantering av tillstånd till inriktning av signalspaning å ena sidan respektive beslut som föranleddes av kontrollverksamheten å andra sidan. I den tidigare verksamheten skulle nämnden ha en domstolsliknande sammansättning: Ordföranden och dennes ersättare skulle vara eller ha varit ordinarie domare, och för att markera tillståndsfunktionens oberoende skulle dess ledamöter förordnas för perioder om minst fyra år.¹⁴⁸

¹⁴⁴ Prop. 2006/07:63 s. 99.

¹⁴⁵ Prop. 2006/07:63 s. 99, med hänvisningar till prop. 1997/98:136 s. 38 f. och prop. 2005/06:01 bilaga 1 s. 7.

¹⁴⁶ FUN ersattes den 1 december 2009 av Statens inspektion av försvarsunderrättelseverksamheten (SIUN).

¹⁴⁷ Prop. 2006/07:63 s. 100.

¹⁴⁸ Se prop. 2006/07:63 s. 100 f. samt Lagrådets yttrande i a. prop. s. 154 ff.

Sagt och gjort. På ovanstående grunder avfärdade regeringen såväl alternativet att förlägga tillståndsprövningen hos domstol som hos en ny förvaltningsmyndighet, för att istället föreslå en prövning hos FUN i en särskild "domstolsliknande sammansättning".

3.1.3 Tillståndsprövning hos en ny "domstolsliknande nämnd"

Den 18 juni 2008 biföll riksdagen regeringens förslag till ny lag om signalspaning i försvarsunderrättelseverksamhet, och ett halvår senare — den 1 januari 2009 — trädde LSF i kraft.¹⁴⁹ Lagförslaget var dock kontroversiellt och hade dessförinnan, efter riksdagsbeslut, legat vilande hos Försvarsutskottet i ett år.¹⁵⁰ I sitt förnyade betänkande tillstyrkte utskottet lagförslaget, men på nåder. Försvarsutskottet anförde nämligen att regeringen ytterligare borde förstärka rättssäkerhets- och kontrollmekanismerna och att LSF borde kompletteras, bland annat på så vis att tillståndsprövningen skulle ske i en ny domstolsliknande nämnd istället för hos FUN.¹⁵¹ Enligt utskottet skulle regeringen senast under hösten 2008 återkomma med förslag på lagändringar i dessa delar.

I sitt förslag till riksdagsbeslut förordade utskottet att riksdagen skulle anta regeringens förslag, men tillkännage för regeringen som sin mening vad utskottet anförde om behovet av att förstärka rättssäkerhets- och kontrollmekanismerna. Med överlämnande av utskottets betänkande biföll riksdagen också utskottets förslag.¹⁵² Trots att lagförslaget betraktades som otillfredsställande från rättssäkerhetssynpunkt antogs det således av riksdagen, men med en markering gentemot regeringen att skyndsamt åtgärda bristerna.

Med anledning av riksdagens tillkännagivande träffades en politisk överenskommelse mellan regeringspartierna i september 2008 om vissa ändringar i den antagna men ännu ej gällande lagen om signalspaning i försvarsunderrättelseverksamhet. Överenskommelsen redovisades i punktform, och av särskilt intresse i detta sammanhang är punkten 2 som innebar en kovändning i jämförelse med det ursprungliga förslaget. Trots att tillståndsprövningen föll utanför det "processrättsliga systemet" och därför var "främmande för en domstol" skulle tillstånd till signalspaning framöver provas av just domstol.¹⁵³

3.1.4 Tillståndsprövning i Försvarsunderrättsedomstolen

Den som försöker följa den lagstiftningsprocess som utmynnade i att det idag finns en myndighet som kallas "Försvarsunderrättsedomstolen" kan skönja en gradvis förskjutning i terminologin, i tre steg:

¹⁴⁹ Rskr. 2007/08:226.

¹⁵⁰ Rskr. 2006/07:208.

¹⁵¹ Försvarsutskottets betänkande 2007/08:FöU15, exempelvis s. 2 och 8.

¹⁵² Rskr. 2007/08:266.

¹⁵³ Överenskommelsen återges bl.a. i Ds 2009:1 s. 32 och i prop. 2008/09:201 s. 26.

- 1 I den ursprungliga propositionen föreslog regeringen att tillståndsprovning skulle anförtros en befintlig nämnd verkande i ”domstolsliknande sammansättning”.
- 2 I samband med att propositionen sedermera antogs krävde dock riksdagen, på Försvarsutskottets initiativ, att provningen istället skulle ske hos en ny ”domstolsliknande nämnd”.
- 3 Detta krav föranledde slutligen regeringspartierna att komma överens om en provning i ”domstol”, således i kontrast till regeringens första förslag och med avsteg från vad riksdagen faktiskt hade begärt.

I de delar den politiska överenskommelsen fordrade lagändringar utarbetades internt inom Försvarsdepartementet promemorian *Förstärkt integritetsskydd vid signalspaning*. I promemorian anfördes följande beträffande tillståndsprovningen:

Enligt den politiska överenskommelsen som träffades i september 2008 bör tillstånd prövas av en domstol. Som regeringen har framhållit i olika sammanhang finns det begränsningar av hur fullständig en lagreglering av försvarsunderrättelseverksamhetens uppgifter och metoder kan vara. Verksamheten är till sin karaktär sådan att den i princip omöjliggörs om detaljerna blir kända. Dessa begränsningar ställer naturligtvis stora krav på att det regelverk som ändå måste omgärda verksamheten är så tydlig att utrymmet för missförstånd minimeras. Framförallt handlar det om att skapa *en trovärdig reglering av de institutioner* som har till uppgift att säkerställa att verksamheten bedrivs på ett rättssäkert och från demokratisk synpunkt godtagbart sätt. Det är angeläget att de tillstånds- och kontrollorgan som sätter ramarna för verksamheten *är organiserade på ett sätt som är ägnat att inge förtroende*.¹⁵⁴

För att vinna det åsyftade förtroendet ansågs det angeläget att ”så långt möjligt markera tillståndsprovningens oberoende.” Ett sådant oberoende kunde visserligen åstadkommas inom ramen för flera ”organisatoriska lösningar”, men i detta ”speciella fall” var tydligen ”provning i domstol att föredra”. Några avgörande skäl mot att i detta speciella fall lägga uppgiften på domstol ansågs inte längre finnas, och slutsatsen blev därmed att en domstol skulle svara för tillståndsprovningen enligt lagen om signalspaning.¹⁵⁵

Annorlunda uttryckt: Eftersom medborgarna inte kan få insyn i själva verksamheten är det av central betydelse att den ”organisatoriska lösningen” som sådan inger förtroende. Häri ligger bland annat att tillståndsprovningen ska vara oberoende, och eftersom domstolar per definition är oberoende bör provningen utföras av domstol. Att tillståndsprovningen var ”helt främmande” för domstolarnas verksamhet var således inte längre ett skäl som talade emot domstolsprovning — i alla fall inte med tillräcklig styrka. Provningens särdrag talade visserligen emot en provning hos de *befintliga* domstolarna, men detta problem kunde ju lösas smidigt och enkelt genom att det skap-

¹⁵⁴ Ds 2009:1 s. 53 f. (*kurs. här*).

¹⁵⁵ Ds 2009:1 s. 53 f.

ades en ny domstol, som således kunde verka utanför det ”processrättsliga systemet”. I promemorian anfördes:

Med hänsyn till de mycket speciella förhållanden som gäller vid signalspaning och vid prövningen av sådan verksamhet samt då frågorna som ska prövas *inte har någon koppling till övriga vid domstol existerande frågor*, bör domstolen lämpligen utformas som en specialdomstol [och] benämnas Förvarsunderrättsedomstolen.¹⁵⁶

De förslag som hade utarbetats inom Förvarsdepartementet remissbehandlades och lades sedan till grund för lagstiftning inom ramen för 2009 års följdreform.¹⁵⁷ Såvitt avser tillståndsförfarandet innebar denna reform dels att tillståndsplikten istället kom att omfatta FRA:s verkställighet av de inriktande myndigheternas inhämtningsuppdrag, dels att tillståndsprövningen istället kom att anförtros åt FUD.¹⁵⁸

En rad remissinstanser avstyrkte förslaget om att inrätta en ny specialdomstol för att pröva ansökningar enligt LSF. Mest rättfram var Advokatsamfundet, som förvisso ställde sig positivt till att en domstol fick i uppgift att pröva frågor om tillstånd till signalspaning, men som i skarpa ordalag avstyrkte regeringens förslag att inrätta en specialdomstol med FUD:s struktur. Samfundet anförde:

Benämningen domstol är såväl från språkliga som materiella utgångspunkter inte särskilt lyckad utan snarare direkt missvisande. Benämningen får anses vara en kosmetisk omskrivning för något som *saknar all anknytning till det som normalt anses vara en domstol*.¹⁵⁹

Istället för att inrätta en ny domstol menade Advokatsamfundet att tillståndsprövningen borde ankomma på allmän domstol alternativt allmän förvaltningsdomstol. Samma ståndpunkt intogs av en rad domstolar, samt av JK.¹⁶⁰ Trots den omfattande remisskritiken valde

¹⁵⁶ Ds 2009:1 s. 54 (*kurs. här*). Se även prop. 2008/09:201 s. 45.

¹⁵⁷ Prop. 2008/09:201.

¹⁵⁸ LSF 4 a §.

¹⁵⁹ Advokatsamfundets remissyttrande, R-2009/0012, s. 8 (*kurs. här*).

¹⁶⁰ Sålunda anförde Hovrätten över Skåne och Blekinge, på motsvarande sätt, att det inte fanns någonting som motiverade att det nya organet gavs ”status som domstol”, helt enkelt eftersom FUD inte på några avgörande sätt skilde sig från den ”domstolsliknande nämnd” som tidigare hade ombesörjt tillståndsprövningen. Hovrätten avstyrkte därför förslaget i denna del, och föreslog att prövningen istället skulle anförtros allmän förvaltningsdomstol. Samma ståndpunkt intogs av Kammarrätten i Stockholm, som förklarade att FUD ”knappast är att anse som en domstol i traditionell mening” och att ”den lämpliga benämningen är en nämnd”. Liksom hovrätten ansåg kammarrätten att prövningen istället borde ankomma på allmän förvaltningsdomstol. Stockholms tingsrätt anförde likaså att FUD inte hade någonting ”annat än namnet gemensamt med en domstol”. Med denna motivering avstyrkte också tingsrätten förslaget, och föreslog att prövningen istället skulle ske inom den befintliga domstolsorganisationen, alternativt kvarbli hos den tidigare nämnden. Denna ståndpunkt delades också av dåvarande länsrätten (nuvarande förvaltningsrätten) i Stockholm, som anförde att det ”naturliga” hade varit att antingen låta befintlig domstol sköta tillståndsprövningen eller att inrätta en domstolsliknande nämnd för ändamålet. JK menade att det kunde ifrågasättas om FUD uppfyllde ”de krav som man brukar ställa på en domstol” och att den aktuella

dock regeringen att föreslå att en ny specialdomstol inrättades i enlighet med förslaget i promemorian, med följande motivering:

Ett stort antal remissinstanser har som framgår ovan avstyrkt förslaget och förordnat att prövningen ska ske antingen inom någon av de allmänna domstolsorganisationerna eller i en nämndmyndighet. Regeringen anser att prövningen måste utformas med utgångspunkt från verksamhetens särskilda förutsättningar och behovet av att skapa *ett så stort förtroende för verksamheten som möjligt*. Därutöver måste självfallet beaktas att regelverket ska utformas på ett sätt som lämpar sig för domstolsprövning.¹⁶¹

Som regeringen noterade gick remisskritiken sammantaget ut på att tillståndsprövningen mycket väl kunde anförtros antingen en (riktig) domstol eller en nämndmyndighet, men inte gärna en nämndmyndighet som kallades för en domstol. Istället för att ta intryck av kritiken fäste dock regeringen vikt vid att tillståndsprövningen inte motsvarades av någon annan verksamhet vid domstol:

Som Signalspaningsnämnden framhåller kräver den föreslagna tillståndsprövningen inte bara insikter om övergripande inriktningar och prioriteringar inom utrikes-, försvars- och säkerhetspolitiken, något som torde vara en *främmande materia* för allmänna domstolar, utan även ingående kunskaper beträffande bl.a. metoder och tekniker för underrättelseinhämtning genom signalspaning som *saknar relevans* för dessa domstolars uppgifter i övrigt. Det är alltså tydligt att prövningen är så pass *väsensskild* från verksamheten vid de allmänna domstolarna och allmänna förvaltningsdomstolarna att dessas kunskaper och erfarenheter inte i någon beaktansvärd utsträckning kan tillgodogöras i det nya tillståndsförfarandet.¹⁶²

Sammantaget saknade tillståndsprövningen ”helt koppling” till de befintliga domstolarnas övriga verksamhet, vilket skulle leda till ”svårigheter att inom ramen för dessa tillgodose de särskilda kompetenskraven.” Enligt regeringen fanns det därför ingen ”annan möjlighet än att förlägga den föreslagna domstolsprövningen av tillstånd till signalspaning till en för ändamålet särskilt inrättad specialdomstol.”¹⁶³

Regeringens argumentation är tämligen intressant. Vad regeringen gör är nämligen att redovisa ett antal skäl mot att förlägga prövningen i allmän domstol/allmän förvaltningsdomstol i enlighet med remissinstansernas förslag: Tillståndsprövningen avsåg främmande materia, var väsensskild från och saknade helt koppling till den verksamhet

myndigheten ”i praktiken [utgjorde] en nämndmyndighet som man har valt att kalla för en domstol”. Om tillståndsprövningen prompt skulle anförtros åt domstol, vore det enligt JK bättre att lägga uppgiften på en allmän förvaltningsdomstol: ”Om man [vill] ha en domstolslösning bör den enligt min mening vara ’på riktigt’.” Se till det sagda Hovrätten över Skåne och Blekinges remissyttrande, Doss 51 390-09 s. 2; Kammarrätten i Stockholms remissyttrande, AdmD 454-2008 s. 2; Stockholms tingsrätts remissyttrande, dnr 2008/0560, s. 2 f. och Stockholms länsrätts remissyttrande, dnr LR 2008-687, s. 1.

¹⁶¹ Prop. 2008/09:201 s. 45 (*kurs*. här).

¹⁶² Prop. 2008/09:201 s. 46 (*kurs*. här).

¹⁶³ Prop. 2008/09:201 s. 46 f.

som bedrivs vid allmän domstol/allmän förvaltningsdomstol, och fordrade därför kunskaper som i sig saknade relevans inom ramen för dessa domstolars verksamhet. Slutsatsen blev att den erforderliga kompetensen inte kunde tillgodoses inom den befintliga domstolsorganisationen, och det fanns därför ingen annan möjlighet än att förlägga domstolsprövningen av tillstånd till signalspaning till en för ändamålet särskilt inrättad specialdomstol.¹⁶⁴

Som synes anförde dock regeringen inga argument för att prövningen borde ankomma på en domstol istället för exempelvis en domstolsliknande nämnd. Om den kompetens som en domare normalt innehar är helt irrelevant vid den aktuella tillståndsprövningen, varför eftersträvades domstolsprövning överhuvudtaget? Den enda förklaring som står att finna är att regeringspartierna hade kommit överens om att tillståndsprövningen skulle ske i ”domstol”, vilket löstes genom att den nya myndigheten kallades för domstol. I samband med att lagförslaget remitterades till Lagrådet för granskning konstaterade också Lagrådet — i anslutning till remisskritiken — att förslaget gav upphov till frågan om den föreslagna domstolen verkligen förtjänade “att betecknas som domstol eller om den hellre bör benämnas nämnd”.¹⁶⁵ Dessa invändningar bemötte regeringen med endast en mening, nämligen under anförande att regelverket ”självfallet [måste] utformas på ett sätt som lämpar sig för domstolsprövning.”¹⁶⁶ Låt oss därför titta lite närmare på hur regelverket kring FUD utformades.

3.2 *Lagen om Försvarsunderrättelsesdomstol*

Lagen om Försvarsunderrättelsesdomstol är tämligen kortfattad och innehåller endast sexton paragrafer som reglerar domstolens sammansättning, domförhet och handläggning. För att förstå förfarandet vid FUD måste lagen därför samläsas med lagen om signalspaning i försvarsunderrättelseverksamhet som reglerar själva tillståndsprövningen.

3.2.1 FUD:s organisation

Enligt regeringsformen ska domstolar inrättas med stöd av lag och vid alla domstolar ska det normalt finnas åtminstone en ordinarie domare, såvida inte annat har föreskrivits i lag. Detta är så att säga de minimikrav — de ”organisatoriska kriterier” — som grundlagen uppställer. När det gäller FUD kan vi konstatera att domstolen är inrättad enligt lag och därmed också är tillförsäkrad det oberoende som enligt grundlagen tillkommer alla domstolar.

¹⁶⁴ Men, som generaladvokaten Tesauro har konstaterat i ett annat sammanhang, “[i]f a body is not a judicial body, it does not become one simply because there is no better solution.” Se generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-54/96 *Dorsh Consult* p. 40, samt del II i denna artikelserie där det EU-rättsliga regelverket går igenom.

¹⁶⁵ Prop. 2008/09:201 s. 155.

¹⁶⁶ Prop. 2008/09:201 s. 45.

Ser man sedan till domstolens sammansättning ska FUD bestå av en ordförande, en eller två vice ordförande samt två till sex särskilda ledamöter.¹⁶⁷ Endast domstolens ordförande är ordinarie domare,¹⁶⁸ medan vice ordföranden samt de särskilda ledamöterna förordnas av regeringen för fyra år.¹⁶⁹ Beträffande domarnas kompetens ska ordföranden och vice ordförande vara lagfarna och ha erfarenhet från tjänstgöring i domstol, medan de särskilda ledamöterna ska ha "särskild kunskap om förhållanden av betydelse för domstolens verksamhet" — vad nu detta innebär.¹⁷⁰ Domstolen är domför med ordföranden och två särskilda ledamöter.¹⁷¹ Är ordföranden förhindrad att tjänstgöra inträder vice ordföranden i ordförandens ställe.¹⁷² I praktiken är således domstolen vid ordförandens förhinder domför även utan någon ordinarie domare. Detta är dock inte i strid med regeringsformen, eftersom det vid domstolen "finns" en ordinarie domare. Sammantaget torde därmed de rent organisatoriska domstolskriterierna vara uppfyllda, om än med darr på ribban.¹⁷³

¹⁶⁷ 2 § 1 st. LFUD.

¹⁶⁸ 1 § 8 p. lagen (2010:1390) om utnämning av ordinarie domare.

¹⁶⁹ 2 § 3 st. LFUD.

¹⁷⁰ En sökning på domstolens särskilda ledamöter gör det dock tämligen svårt att veta just vilken särskild kunskap av betydelse för verksamheten som dessa besitter. En särskild ledamot innehar ordförandeposterna i SACO (dessförinnan JUSEK), Folk och Försvar och Akademikernas A-kassa, samt sitter i styrelserna för Folksam Liv och Fjärde AP fonden, med en bakgrund inom bank- och försäkringsbranschen och med examen från Militärhögskolan samt officersexamen från Kungliga Sjökrigsskolan. Två särskilda ledamöter har tidigare underrättelsebakgrund och har varit anställda vid FRA. En särskild ledamot är före detta justitieminister, en är generaldirektör för Pensionsmyndigheten och en är tidigare ambassadör. Mot denna otydliga skrivning invände också exempelvis Amnesty International, som — utan att få något gehör — ansåg att det i detalj borde anges hur domstolen ska vara sammansatt och att minst hälften av de icke lagfarna ledamöterna skulle vara ledamöter som utsetts på grund av sin särskilda förmåga att belysa integritetsskyddsintresset. Se prop. 2008/09:201 s. 67.

¹⁷¹ 9 § LFUD.

¹⁷² 4 § LFUD.

¹⁷³ Även om några formella anmärkningar inte kan riktas mot domstolens eller domarnas organisatoriska oberoende givet regeringsformens låga krav, har det ifrågasatts om domarna i FUD de facto kan bibehålla sin självständighet mot bakgrund den aklimatisering som oundvikligen sker — inte minst i en så liten domstol; se exempelvis SOU 2009:66 s. 136 f. Ett genomgående argument mot specialdomstolar har också varit detta, det vill säga att domare som endast arbetar inom ett mycket snävt fält — och som saknar alla kontakter med domstolsväsendet i övrigt — riskerar att både avlägsna sig från den allmänna rättsutvecklingen och utveckla en kultur som avviker från de värderingar som anses vara gängse i samhället. Risken finns helt enkelt att domstolens ledamöter — i synnerhet om dessa inte har det särskilda anställningsskydd som tillkommer ordinarie domare — inte klarar av att fungera som en motvikt mot den verkställande makten. Erfarenheter från andra länder visar också att domstolar av FUD:s karaktär ofta är obenägna att avslå ansökningar från statsmakten, liksom att domstolens prövning blir inriktad på rena formaliteter. Se Greenwald, Glenn "The bad joke called 'the FISA court' shows how a 'drone court' would work" *The Guardian* den 3 maj 2013 (<http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/may/03/fisa-court-rubber-stamp-drones>, senast besökt 2016-01-25). Huruvida FUD de facto upprätthåller sitt oberoende är dock inte möjligt att ta ställning till i denna artikel, av skäl som vi strax återkommer till.

3.2.2 Förfarandet inför FUD

Ser vi sedan till handläggningen vid FUD så initieras ett ärende genom att FRA inkommer med en ansökan om tillstånd att bedriva signalspaning.¹⁷⁴ När en sådan ansökan har inkommit ska den ansökande myndigheten samt ett särskilt ”integritetsskyddsombud” kallas till ett sammanträde.¹⁷⁵ Integritetsskyddsombudet är en intressant figur — på dessa ankommer nämligen den viktiga uppgiften att ”bevaka enskildas integritetsintresse”.¹⁷⁶ Ombuden företräder dock inte någon särskild person utan ”enskildas intressen i allmänhet” och för detta ändamål har de rätt att ta del av det som förekommer i målet och att yttra sig.¹⁷⁷ På så vis påminner integritetsskyddsombuden om de offentliga ombud som enligt rättegångsbalken utses i mål om hemliga tvångsmedel,¹⁷⁸ vilka också stod som förebild. Mellan dessa två typer av ombud finns dock en central skillnad.

När en allmän domstol fattar beslut om hemliga tvångsmedel sker det — naturligt nog — utan att den misstänkte är närvarande.¹⁷⁹ Som ”en slags motpart till åklagaren”¹⁸⁰ uppträder dock offentliga ombud inför domstolen, med uppgift att ”bevaka enskildas integritetsintressen”.¹⁸¹ Detta system infördes år 2003. Dessförinnan hade regeringen under lång tid motsatt sig ett sådant system, bland annat eftersom det — enkelt uttryckt — var ett spel för galleriet:

[D]et framstår som mycket tveksamt i vad mån en representant för de motstående intressena — han må kallas offentligt ombud eller god man — kan fylla någon reell funktion. På grund av att tvångsmedelsprövningen förutsätts äga rum i hemlighet kommer han inte att kunna inhämta upplysningar från den misstänkte och inte heller från något annat håll. Han kommer att vara helt hänvisad till det material som åklagaren förebringar. Hans möjligheter att tillvarata den misstänktes och andras intressen är alltså inte bättre än beslutsorganets. Värdet skulle närmast ligga i möjligheten att överklaga i tveksamma fall. Men det värdet är begränsat i så måtto att den lägre instansens avgöranden av naturliga skäl inte kan publiceras eller på annat sätt tjäna till vägledning utanför det enskilda fallet.¹⁸²

Det ”värde” som ett offentligt ombud kunde tillföra processen kokade således ned i en möjlighet att överklaga beslut om hemliga tvångsme-

¹⁷⁴ Se 4 a § LSF.

¹⁷⁵ 12 § LFUD.

¹⁷⁶ 5 § LFUD.

¹⁷⁷ Prop. 2008/09:201 s. 118.

¹⁷⁸ Se 27 kap. 26 § RB. Ett offentligt ombud företräder enligt förarbetena inte den misstänkte som tvångsmedlet är avsett att användas emot enskildas rätt och integritetsintressen i allmänhet. Se prop. 2002/03:74 s. 23.

¹⁷⁹ Det anses också ”tveksamt” om den som tvångsmedlet riktar sig mot ens ska betraktas som part under detta skede i förundersökningen; se prop. 2002/03:74 s. 21 och prop. 2001/02:191 s. 66 ff.

¹⁸⁰ Prop. 2002/03:74 s. 21.

¹⁸¹ 27 kap. 26 § RB.

¹⁸² Prop. 1988/89:124 s. 53 f. Ett ytterligare argument mot en ordning med offentligt ombud som fördes fram var ”att parts, besluts och verkställighetsfunktioner skulle blandas på ett principiellt betänkligt sätt.”

del. Detta värde ansågs dock så ”begränsat”, att några offentliga ombud inte infördes. Regeringens uppfattning delades några år senare av SÄPO-kommittén som, av samma skäl,¹⁸³ ställde sig avvisande till ett system med offentliga ombud; enligt kommittén skulle ett sådant system ”närmast ... kunna betecknas som en *skenprocess*, där några avgörande fördelar inte står att vinna.”¹⁸⁴

År 2003 hade dock vinden vänt och offentliga ombud infördes i ärenden om hemliga tvångsmedel, för att skapa ”ett slags kontradiktorisk process”.¹⁸⁵ I denna (sken)process fäste man — liksom i de äldre förarbetena — särskild vikt vid ombudens rätt att överklaga besluten:

Vidare innebär införandet av offentliga ombud att det skapas en reell möjlighet att få ett beslut att tillåta användning av hemliga tvångsmedel prövat av högre rätt.¹⁸⁶

I förarbetena till lagen om försvarsunderrättsedomstol motiverar liknande tankegångar systemet med integritetsskyddsombud; ombudens närvaro skulle nämligen ge prövningen ”en tydligare kontradiktorisk karaktär” och därmed ”skapa förutsättningar för en prövning bättre anpassad för domstol”.¹⁸⁷ En central skillnad mellan de offentliga ombuden och integritetsskyddsombuden är dock att de senare inte har möjlighet att överklaga FUD:s beslut, eftersom dessa inte överklagbara.¹⁸⁸ Det begränsade värde som offentliga ombud anses tillföra ärenden om hemliga tvångsmedel kan således integritetsskyddsombuden inte tillföra ärenden om tillstånd till signalspaning:

LFUD 5 §

RB 27 kap. 26 §

Ombudet har rätt att ta del av det som förekommer i målet och att yttra sig.

Ett offentligt ombud har rätt att ta del av det som förekommer i ärendet, yttra sig i ärendet *och överklaga rättens beslut*.¹⁸⁹

¹⁸³ Se SOU 1990:51 s. 176: ”[D]et framstår som mycket tveksamt om en partsrepresentant verkligen kan fylla någon egentlig funktion. Med hänsyn till att prövningen sker i hemlighet kommer ombudet inte att kunna inhämta upplysningar i saken, varken från den misstänkte eller andra. Hans möjligheter att ta tillvara den misstänktes intressen är med andra ord inte större än domstolens. Värdet skulle möjligen ligga i att ombudet kan överklaga, men eftersom avgörandet inte kan publiceras eller på annat sätt tjäna till vägledning för andra är detta värde begränsat. Inte ens om ombudet skulle ha framgång med ett överklagande skulle han normalt kunna underrätta den misstänkte om det.”

¹⁸⁴ SOU 1990:51 s. 176.

¹⁸⁵ Prop. 2002/03:74 s. 23.

¹⁸⁶ Prop. 2002/03:74 s. 23.

¹⁸⁷ Prop. 2008/09:201 s. 70.

¹⁸⁸ Se 13 § LSF samt 16 § LFUD.

¹⁸⁹ *Kurs*. här.

Denna centrala skillnad lagrummen emellan förstärker naturligtvis bilden av en skenprocess, där integritetsskyddsombuden är mer eller mindre tandlösa.¹⁹⁰

Såvitt avser sammanträdena vid FUD följer av regeringsformen att förhandling vid domstol ska vara offentlig.¹⁹¹ Vid FUD hålls dock inga förhandlingar, utan ”sammanträden”. Beträffande dessa anfördes i förarbetena att det krävs ”mycket starka skäl” för att frånga huvudregeln om offentlighet vid förhandling i domstol. Trots att de uppgifter som normalt förebringas vid ett sammanträde inför FUD ”regelmässigt” skulle omfattas av sekretess, och trots att FUD:s hela verksamhet ”i allt väsentligt” skulle omfattas av sekretess, valde därför regeringen att behålla huvudregeln om offentlighet. De möjligheter att förordna om sekretess som följer av rättegångsbalken och förvaltningsprocesslagen — med anknytande lagar — ansågs dock innebära ”problem ur sekretessynpunkt”, bland annat eftersom det fanns behov av att låta sekretessen omfatta också uppgifter om vilka företrädare för signalspanningsmyndigheten och biträden från inriktande myndigheter som var närvarande vid sammanträdet.¹⁹² I jämförelse med rättegångsbalken och förvaltningsprocesslagen finns därför utvidgade möjligheter för FUD att förordna om stängda dörrar; ett sådant beslut kan fattas redan innan sammanträdet har inletts.¹⁹³

Trots att det i förarbetena talas om en ”huvudregel” om offentlighet hålls i praktiken alla FUD:s sammanträden bakom stängda dörrar. På motsvarande sätt omfattas också FUD:s beslut att ge eller inte ge tillstånd till signalspanning regelmässigt av sekretess.¹⁹⁴ Någon huvudregel om offentlighet vid domstolen är det med andra ord knappast frågan om — varken vad avser domstolens sammanträden, beslut eller verksamhet i övrigt. Detta medför i förlängningen att det inte går att

¹⁹⁰ Att FUD saknar en överinstans cementerar också bilden av att tillståndsprövningen helt och hållet har förvaltningskaraktär; vid domstol anses en prövning i flera instanser utgöra en normal rättssäkerhetsgaranti. Se, ang. diskussionen om prövningstillstånd i ledet tingsrätt-hovrätt, exempelvis Ramberg, Anne ”Förslaget om generellt prövningstillstånd i brottmål — en replik” *SvJT* 2013 s. 82: ”Att som enskild inte vara garanterad att få sin sak överprövad av ytterligare en domstol när domen eller beslutet har så långtgående och i många fall livsavgörande rättsverkningar som straffrättsliga påföljder innebär, måste anses oförenligt med de rättssäkerhetsprinciper som krävs i en utvecklad rättsstat, så även den svenska.” Ang. motsvarande krav i prövningsledet förvaltningsrätt-kammarrätt, se exempelvis Grundström, Karl-Johan & Ondrasek Olofsson, Lynda ”Prövningstillstånd i kammarrätt — ett hot mot rättssäkerheten?” *SN* 2010 s. 793 och därtill prop. 2007/08:139 s. 23.

¹⁹¹ 2 kap. 11 § RF. Samma huvudregel kommer till uttryck i rättegångsbalken och förvaltningsprocesslagen, och gäller — genom hänvisningar — också hos övriga specialdomstolar. Se 5 kap. 1 § RB och FPL 16 § samt 16 § lagen (1970:589) om marknadsdomstol m.m., 10 § lagen (1977:729) om Patentbesvärslagen samt 5 kap. 3 § lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister.

¹⁹² Prop. 2008/09:201 s. 76.

¹⁹³ LFUD 14 §.

¹⁹⁴ Jfr prop. 2008/09:201 s. 105 (*kurs*. här), där det anförs att FUD ”regelmässigt [kommer] att behöva förordna om att sekretess för uppgift som tas in i domstolens beslut ska bestå, på motsvarande sätt som det i fråga om tingsrätts beslut om användning av hemliga tvångsmedel är *fast praxis* att rätten förordnar att sekretess ska bestå.”

bedöma om FUD i praktiken upprätthåller sitt oberoende eller om domarna i alltför hög grad acklimatiseras, eftersom det inte finns någon tillgänglig information om ärendena vid domstolen — varken antalet ärenden, utgången i dessa eller vilka personer som har deltagit är offentliga uppgifter, och än mindre de materiella bedömningar som domstolen har gjort.¹⁹⁵ Det går således inte att i efterhand granska domarnas arbete i något enskilt fall — inte ens om det har förelegat jäv — vilket i sig är ägnat att skapa misstänksamhet mot domstolens oberoende.

3.2.3 FUD:s funktion

Att göra en tämligen begränsad prövning av FRA:s tillståndsansökningar — som i princip kokar ner till en proportionalitetsbedömning — utgör hela FUD:s verksamhetsområde.¹⁹⁶ Någon motpart till FRA uppträder inte inför domstolen, och förfarandet inför domstolen kan därför svårligen karaktäriseras som en process.¹⁹⁷ Istället rör det sig om rena ansökningsärenden inom ramen för ett enpartsförfarande av tydlig förvaltningskaraktär; inga mål anhängiggörs någonsin vid domstolen, och domstolens beslut i sak betecknas inte heller som dom.¹⁹⁸ Detta i bjärt kontrast till exempelvis GLU:s ståndpunkt, att ”gränserna” för vad domstolarnas uppgifter ”bestäms” genom begreppet rättskipning.¹⁹⁹ Att FUD överhuvudtaget inte bedriver rättskipning medför också att det inte går att diskutera huruvida processen vid domstolen är rättvis — helt enkelt eftersom det inte är frågan om någon process.

4 Avslutning

Sammanfattningsvis har vi i denna första artikel tecknat ett antal nationella utvecklingslinjer som tillsammans har inneburit en renodling av domstolarnas rättskipande uppgift i Sverige: För det första har förvaltningsuppgifter flyttats från domstolar till förvaltningsmyndigheter medan rättskipningsuppgifter har flyttats från förvaltningsmyndigheter till — och därmed koncentrerats hos — domstolar. För det andra har domstolsväsendet som sådant renodlats genom avskaffandet av olika specialdomstolar. För det tredje har domarrollen renodlats genom en generell övergång till kontradiktorisk rättskipning. Till följd av dessa reformer är det idag möjligt att fylla det svenska domstolsbegreppet med ett materiellt innehåll, exempelvis enligt följande:

Vi har alla en föreställning om vad en domstol är. I föreställningen ligger att en domstol är något annat än en förvaltningsmyndighet. Över tiden har

¹⁹⁵ Se exempelvis Försvarsunderrättsdomstolens årsredovisning avseende år 2014, där det anförs (s. 4) att ”regeringen har beslutat att domstolen i en särskild bilaga (sekretessbelagd) ska redovisa vissa uppgifter i verksamheten som omfattas av sekretess.”

¹⁹⁶ 5 § LSF.

¹⁹⁷ Jfr remisskritiken som återges i prop. 2008/09:201 s. 43.

¹⁹⁸ Jfr LFUD 16 §, där det talas om FUD:s ”beslut i frågor som rör signalspaning” samt om ”domstolens beslut i övrigt”.

¹⁹⁹ SOU 2008:125 s. 309 f.

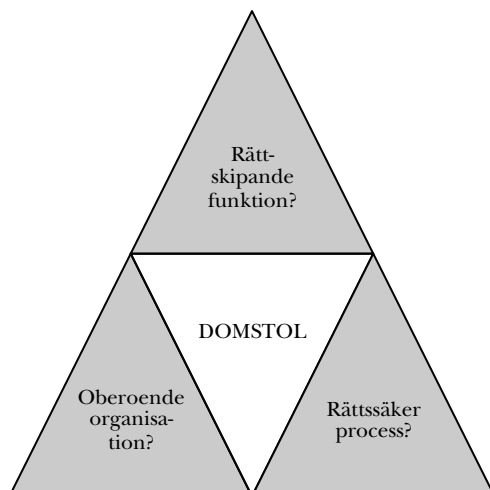
flera försök gjorts att ge begreppet domstol en allmängiltig betydelse i ett nationellt och internationellt perspektiv. I modern tid har beskrivningen närmast blivit liktydig med det som kännetecknar ett kontradiktoriskt förfarande: en domstol är en statligt finansierad inrättning där en eller flera oberoende domare ska på en tvistande parts initiativ dels bestämma vem av de två tvistande parterna som har rätt och vem som har fel, dels grunda sitt beslut på det underlag som parterna presenterar i en rättegång som är muntlig och offentlig.²⁰⁰

Det innehåll som Westberg ger domstolsbegreppet kan formuleras som ett antal materiella kriterier, där domstolens rättskipande funktion bildar utgångspunkten. Detta funktionella kriterium innebär att domstolar är sådana organ som avgör rättstvister. Vid definitionen av både domstols- och rättskipningsbegreppet blir således partsställningen central; vad som särskiljer rättskipningen från förvaltning och frivillig rättsvård är att domstolen i kontradiktoriska former ska avgöra en tvist mellan två parter på det underlag som parterna presenterar.²⁰¹ En sådan ”omvänd” begreppsbestämning, som tar utgångspunkt i den rättskipande funktionen, möjliggör i sin tur en tredelad definition av domstolsbegreppet: Sådana organ vars funktion (1) är att skipa rätt mellan två parter bör kallas domstolar,²⁰² förutsatt (2) att dessa uppfyller vissa *organisatoriska krav* på oberoende samt (3) att deras handläggning uppfyller vissa *processuella krav* på rättssäkerhet. Det sagda kan illustreras genom följande pyramid:

²⁰⁰ Westberg 2013 s. 39. Se även Lindell 2012 s. 39 som likaså fäster vikt vid partsställningen.

²⁰¹ Det processuella förfarandet har många kännetecken, men en minsta gemensamma nämnare är således att det, utöver domstolen, alltid förekommer minst två parter och att domstolens uppgift är att skipa rätt mellan dessa. Med Ekelöfs ord: ”Vad därefter angår *parterna* måste det i en rättegång — i olikhet med förfaranden inom förvaltningen och den frivilliga rättsvården — alltid förekomma minst tvenne sådana.” Se Ekelöf 1956 s. 24 (*kurs. där*). Ett mål prövas således alltid inom ramen för att kontradiktoriskt tvåpartsförfarande, medan domstolsärenden kan vara av två slag: det förekommer både enpartsärenden och flerpartsärenden. Somliga flerpartsärenden — men långt ifrån samtliga — påminner om rättskipning i den bemärkelsen att det mellan parterna föreligger en intressemotsättning. På så vis är gränserna mellan rättskipning och rättsvård i någon mån flytande, när det kommer till just flerpartsärenden som står rättskipningen nära. Jfr SOU 2007:65 s. 23 och 99 f. Se även SOU 1994:99 s. 38 f., där det anförs att rättskipningsbegreppet traditionellt definieras som att ”objektivt och opartiskt avgöra rättsliga tvister mellan enskilda intressen eller mellan ett enskilt intresse och ett allmänt intresse samt att döma i brottmål och mål som rör allvarliga inskränkningar eller eljest ingrepp i den enskildes personliga frihet eller integritet.”

²⁰² Jfr exempelvis Lavins och DU:s kritik av den tidigare inkvisitoriskt inrättade förvaltningsprocessen i *FT* 1992 s. 457 respektive SOU 1991:106 del A s. 501.



Därmed inte sagt att domstolarna endast behöver ägna sig åt rättsskipning. Vi ifrågasätter inte att exempelvis tingsrätterna bör kallas domstolar trots att dessa alltså handhar viss frivillig rättsvård, eftersom rättsskipningen är den dominerande verksamheten. Däremot kan man ställa sig frågan om ett organ som *endast ägnar sig åt annan verksamhet* än att skipa rätt under rättssäkra former är en domstol. I Sverige torde svaret på denna fråga vara jakande, eftersom den formella benämningen ensam tycks fälla avgörandet. Att en myndighet i lag betecknas domstol är med andra ord fullt tillräckligt för att domstolens grundläggande "status" ska anses avgjord. Detta illustreras med all önskvärd tydlighet av exemplet FUD, som är en domstol trots att organet, för att citera Stockholms tingsrätt, inte har någonting "annat än namnet"²⁰³ gemensamt med de övriga domstolarna.

Att ordet "domstol" används i lag medför förvisso att FUD kommer i åtnjutande av det grundlagsskydd som omfattar alla domstolar, exempelvis vad avser organets oberoende. Annorlunda uttryckt uppfyller FUD, genom att benämnas domstol, det organisatoriska kriteriet. Så gott som samma oberoende i beslutsfattandet tillkommer dock enligt regeringsformen alla förvaltningsmyndigheter, och man kan därför fråga sig vad som (utöver namnet) skiljer FUD från en domstolsliknande nämnd.²⁰⁴ Pondera att FUD istället hade hetat FUN och inrättats genom lagen om Försvarsunderrättelse*nämnd* — skulle någon i så fall ha fått för sig att kalla organet för domstol? Gissningsvis inte.

Utöver de organ som i lag benämns domstolar finns det dock "ett stort antal myndigheter, nämnder och andra organ som i olika avse-

²⁰³ Se Stockholms tingsrätts remissyttrande, dnr 2008/0560, s. 2 f.

²⁰⁴ Detta särskilt med beaktande av att FUD är sammansatt huvudsakligen av icke-lagfarna och icke-ordinarie domare.

enden liknar domstolar, men som likväl *inte formellt betecknas* som sådana.”.²⁰⁵ Med hänvisning till dessa konstaterade DLU att

... det domstolsbegrepp som används i Sverige är *betydligt snävare* än den innebörd som begreppet har i artikel 6 i Europakonventionen, som avser rätten till domstolsprövning och en rättssäker process. Det svenska domstolsbegreppet är också snävare än det som används i artikel 267 i Fördraget om europeiska unionens funktionssätt, som avser rätten och skyldigheten för domstolar i medlemsstaterna att begära förhandsavgöranden av Europeiska unionens domstol.²⁰⁶

Vad som kan bli aktuellt är således att utvidga det svenska domstolsbegreppet till att också inkludera vissa myndigheter som idag inte betecknas som domstolar, exempelvis Överklagandenämnden för högskolan eller Brottskadenämnden.²⁰⁷ Däremot är det inte aktuellt att med materiella kriterier inskränka det svenska domstolsbegreppet för att exkludera vissa myndigheter som idag betecknas som domstolar, exempelvis FUD.

Vår uppfattning är dock att DLU har fel. Det svenska domstolsbegreppet är visserligen snävare än det europeiska i vissa fall (genom att den formella benämningen tillmäts avgörande betydelse), men betydligt vidare i andra fall (genom att funktionella och processuella aspekter tydligen inte tillmäts någon betydelse). För att ytterligare belysa dessa materiella aspekter kommer vi i nästa artikel att konfrontera FUD med de europarättsliga domstolskriterier som kommer till uttryck i EKMR och EUF-fördraget.

²⁰⁵ Beträffande dessa organ används ofta benämningen ”domstolsliknande nämnder”. Som exempel på sådana anförde utredningen (SOU 2011:42 s. 90) arrende- och hyresnämnderna samt Statens VA-nämnd, som ”enligt den svenska rättstraditionen är att anse som förvaltningsmyndigheter och således inte betraktas som domstolar.”

²⁰⁶ SOU 2011:42 s. 90 (*kurs*. här).

²⁰⁷ Detta synsätt finner stöd också i den moderna processdoktrinen; exempelvis anför Melin i sitt verk *Våra domstolar* — en bok som beskrivs som en ”uppslagsbok” riktad till bland andra juriststudenter som vill hitta aktuella uppgifter om Sveriges domstolar — under rubriken ”Vidgat domstolsbegrepp”, att flera internationella domstolar ”inte [använder] domstolsbegreppet lika snävt” som i Sverige. Som exempel anför Melin, i likhet med DLU, att ED har betraktat Brottskadenämnden som en domstol, medan EUD har betraktat Överklagandenämnden för högskolan som en domstol. Se Melin 2012 s. 40 och jfr SOU 2011:42 s. 90.