En enda högsta domstol — ett första steg?

Av f.d. hovrättspresidenten JOHAN HIRSCHFELDT

Vägen mot en enda högsta domstol är troligen lång och törnbeströdd. Inte minst fordrar den en ny grundlagsändring. I denna artikel diskuteras en alternativ lösning tänkt inom ramen för gällande grundlag efter 2010 års ändringar.

1 Inledning

I sin artikel *Ökad domarmakt och makten över domstolarna* (SvJT 2017 s. 7) skriver Fredrik Wersäll bl.a. om tanken om en sammanslagning av de två högsta domstolarna. Han pekar på att Sverige inte har någon författningsdomstol och på de båda domstolarnas särskilda betydelse för lagprövningsuppgiften samt på risken för att de kommer till olika resultat bl.a. i mål på det EU-rättsliga området. Han nämner tanken om att inleda ett utredningsarbete som skulle sikta mot att Sverige skulle få en gemensam högsta domstol för de båda domstolsslagen.

Det här är tankar som är värda att utveckla närmare. Jag vill här lämna mitt bidrag med en första skiss till en minimalistisk lösning. En fördel med denna lösning är att den inte bör fordra någon grundlagsändring. Man kan se detta uppslag som ett steg på en väg som på sikt kan leda till en enda sammanhållen högsta instans. Men redan denna lösning skulle kunna fylla flera av de syften som en mer omfattande reform skulle tillgodose. Den skulle kunna fylla de sakliga behov som Wersäll pekat på.

2 Regeringsformen har öppnat för justitieråds korsvisa tjänstgöring i HD och HFD

År 2010 ändrades bestämmelsen i 11 kap. 1 § tredje stycket regeringsformen (RF) så att meningen om vem som får tjänstgöra i de högsta domstolarna ändrades och fick lydelsen: ”I Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen får endast den som är eller har varit ordinarie domare i någon av domstolarna tjänstgöra som ledamot.”

Därmed möjliggörs en ordning där ledamöter i Högsta domstolen tjänstgör i Högsta förvaltningsdomstolen och tvärtom. Hur ser motiveringen för stadgandet i regeringsformen ut? I betänkandet *En reformerad grundlag* (SOU 2008:125) s. 316 anfördes

> att det kan finnas anledning att införa en något mer flexibel ordning. Det finns situationer när ett utbyte av ledamöter mellan de högsta domstolarna kan vara av värde, exempelvis vid handläggningen av vissa typer av mål.

Förslaget tillstyrktes av bl.a. ledamöterna i Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen samt av Domstolsverket och Sveriges advokatsamfund.

I prop. 2009/10:80 s. 130 anförde regeringen:

> Det finns ... situationer i vilka en samverkan mellan de båda högsta domstolarna genom växelvis tjänstgöring skulle kunna vara av stort värde. Så kan vara fallet exempelvis vid handläggningen i den ena domstolen av vissa typer av mål som fordrar särskilda kunskaper inom ett visst ämnesområde som någon ledamot i den andra domstolen har. Regeringen instämmer i utredningens bedömning att det under alla förhållanden inte framstår som motiverat att i grundlag uppställa hinder mot en sådan samverkan. Regleringen bör i stället möjliggöra en något mer flexibel ordning.

Konstitutionsutskottet (2009/10:KU19) tillstyrkte förslaget. I sammanhanget behandlade utskottet motioner om inrättandet av en författningsdomstol. Dessa avstyrktes.

Den nya bestämmelsen i regeringsformen öppnar alltså för möjligheten att införa korsvis tjänstgöring. Detta fordrar dock en närmare reglering i lagstiftningen om processförfarandet för de båda domstolarna.

3 Den nu aktuella reformen om korsvis tjänstgöring

Grundlagsändringen följdes av att en utredning på regeringens uppdrag behandlade frågan om behövlig lagstiftning på området, se Domarlagsutredningens betänkande (SOU 2011:42) *En reformerad domstolslagstiftning*. Där anfördes bl.a. (s. 249 f.):

> Av den i regeringsformen intagna bestämmelsen framgår inte i vilka situationer som en växelvis tjänstgöring mellan domarna i de högsta domstolarna bör kunna komma i fråga. I bestämmelsens förarbeten berörs dock två typsituationer uttryckligen.
>
> För det första angav regeringen i propositionen att möjligheten bör kunna utnyttjas i situationer där de ordinarie ledamöterna är jäviga att handlägga visst mål. Uttalandet gjordes i anslutning till behandlingen av frågan om vilken instans som skulle pröva åtal för brott i utövningen av ledamöter i Högsta domstolen. - - -
>
> Den andra behandlade typsituationen där ett utbyte kan vara av värde är handläggningen av mål i den ena domstolen, där någon ledamot i den andra domstolen har särskilda kunskaper inom rättsområdet.
>
> De nu angivna två syftena är båda inriktade på tjänstgöring i enskilda mål. Vid sidan härav skulle det vara tänkbart att det mellan de två högsta domstolarna skedde en utbytestjänstgöring för begränsade tidsperioder. Ett syfte med dylik utbytestjänstgöring skulle kunna vara att domstolarna vid tillfälliga behov av vikarier skulle kunna förordna justitieråd från den andra domstolen. Ett vidare syfte med en tidsbegränsad utbytestjänstgöring skulle kunna vara att på ett mer allmänt plan underlätta för kunskapsutbyte i frågor om arbetsrutiner och liknande, men också rörande rättsområden som berör båda domstolsslagen. Som ett aktuellt exempel på sådant rättsområde kan nämnas Europakonventionens förbud mot dubbelbestraffning.

I fråga om den andra typsituationen anförde utredningen (s. 251):

Som framhållits i de nyss angivna förarbetena är det önskvärt att de två högsta domstolarna utbyter kunskap i frågor som tangerar båda domstolarnas verksamhetsområden. De högsta domstolarna fyller huvudsakligen prejudikatbildande funktioner och rättsläget skulle bli komplicerat om de fattade motstridiga beslut i närliggande frågor. Dessa problem kan emellertid inte lösas av att enstaka justitieråd förordnas att döma i den andra domstolen. Vid en sådan lösning skulle de enskilda domarna aldrig kunna representera hela den egna domstolen, utan endast sig själva. Med hänsyn härtill är det knappast ett behov (av) kunskapsutbyte mellan de två högsta domstolarna — i enskilda mål eller för avgränsade perioder — som typiskt sett är skälet till växelvis tjänstgöring.

Även om vi i dag inte kan iaktta något uttalat och direkt behov av korsvis tjänstgöring annat än i jävssituationer, finns det emellertid ingen anledning att uppställa förbud mot att så sker. I linje med våra övriga överväganden ligger att de högsta domstolarna bäst kan bedöma sina egna behov. Möjligheten bör därför lämnas öppen för domstolarna att besluta om själva. Vi föreslår således att det införs en generell möjlighet för respektive högsta domstol att förordna ett justitieråd från den andra domstolen att tjänstgöra i domstolen.

I fråga om bestämmelsens utformning m.m. anförde utredningen (s. 251 f.) bl.a. att beslut om förordnande om tjänstgöring inte behövde tas av kollegium eller plenum utan av domstolens ordförande och att det skulle föregås av samråd med den andra domstolen. Tjänstgöringsskyldigheten i jävssituationer föreslogs reglerad i lagen om fullmaktsanställning. Däremot borde ett förordnande i den andra typsituationen, då ett öppet mandat utnyttjades, ske på frivillig basis och inte fordra reglering där.

Förslagen till korsvis tjänstgöring remissbehandlades och mottogs positivt.

Högsta domstolens ledamöter tillstyrkte förslaget och anförde bl.a:

En mera detaljerad reglering av när och på vilket sätt utbyte ska ske är enligt ledamöterna onödig och skulle snarast medföra komplikationer. De närmare riktlinjerna för utbytestjänstgöring bör kunna utformas i samråd mellan de båda högsta domstolarna.

Högsta förvaltningsdomstolens ledamöter tillstyrkte och anförde i fråga om den andra typsituationen bl.a:

I vilken mån växelvis tjänstgöring i övrigt bör förekomma lämnas, som utredningen också konstaterar, lämpligen till de båda högsta domstolarna att själva avgöra. Det gäller oavsett om det är fråga om ett mera kortvarigt förstärkningsbehov i den ena domstolen eller om en längre tids tjänstgöring för kunskaps- och erfarenhetsutbyte. Om växelvis tjänstgöring av sådant slag skulle komma i fråga bör saken behandlas av respektive domstol i plenum.

Medan Domstolsverket tillstyrkte förslagets reglering av tjänstgöringsskyldigheten, ansåg Arbetsgivarverket att även den andra typsituationen borde omfattas av denna skyldighet.

Nu, år 2017, har regeringen lagt fram ett förslag om korsvis tjänstgöring huvudsakligen i enlighet med utredningens förslag. Lagrådet har tillstyrkt förslaget utan erinran och en proposition har nyligen avlämnats (prop. 2016/17:174). De föreslagna bestämmelserna i respektive lag om processförfarandet ser ut så här och vice versa:

> Högsta domstolen får förordna den som är justitieråd i Högsta förvaltningsdomstolen att tjänstgöra i Högsta domstolen.

Regeringen anför som skäl för förslaget bl.a. att korsvis tjänstgöring kan vara av stort värde: ”Så kan vara fallet vid handläggningen av ett mål i den ena domstolen som aktualiserar frågor inom ett visst ämnesområde som någon ledamot i den andra domstolen har särskilda kunskaper om.” Vidare anser regeringen att en utbytestjänstgöring kan fylla en viktig funktion också under en viss tidsperiod: ”En sådan korsvis tjänstgöring kan främja ett vidare utbyte av sakkunskap och erfarenheter inom rättsområden som berör båda domstolsslagen, t.ex. europarättsliga frågor och frågor om skattetillägg, men också av arbetsrutiner.” — Regeringen föreslår inte någon skyldighet för justitieråden för att delta i korsvis tjänstgöring.

4 En fortsatt diskussion är ändå angelägen

Ett genomförande av detta förslag ligger i linje med Fredrik Wersälls synpunkter i hans artikel och bör hälsas som ett steg i rätt riktning. Vinner de båda domstolarna positiva erfarenheter av denna ordning kan det ge viktiga erfarenheter inför en fortsatt utveckling mot ökad enhetlighet när det gäller utövandet av den högsta domsmakten (jag drar inte in EU-domstolen i resonemanget här).

Det finns dock goda skäl att inte låta diskussionen avstanna i och med detta.

Därför vill jag här fortsätta med att ta upp frågan om vilka måltyper som kan vara av särskilt intresse i denna nya ordning. Sedan behandlar jag den organisatoriska frågan om tjänstgöringsskyldighet. Därefter följer ett avsnitt om frågan om författningsdomstol. Slutligen lägger jag helt diskussionsvis fram en första skiss till en möjlig lösning som går något längre än den som nu blir föremål för lagstiftning.

En ny särskild författningsdomstol bör enligt min mening inte inrättas. I stället skulle den här skisserade ordningen kunna ses som ett mindre genomgripande men ändå effektivt alternativ. Min skiss har lagts fram i en tidigare dialog med främst f.d. ordföranden och justitierådet i Högsta förvaltningsdomstolen Sten Heckscher.

5 Vilka måltyper?

Fredrik Wersäll har nämnt två målområden, det ena principiellt, mål om lagprövning, och det andra materiellt, EU-rättsliga mål. Det är lätt att gå vidare och formulera ett något mer omfattande område: mål av konstitutionell betydelse som gäller våra grundlagar, EU-rätten och Europakonventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

Det kan noteras att regeringen i lagrådsremissen också fört in ”rättsområden som berör båda domstolarna och frågor om skattetillägg.” Till detta senare kan naturligt nog föras frågor som rör andra administrativa sanktionsavgifter än skattetillägg och frågorna om dubbelbestraffning. Det finns alltså andra måltyper än de konstitutionella som här är av intresse, såsom tvistemål och brottmål hos Högsta domstolen där t.ex. skatterättslig eller allmänt förvaltningsrättslig expertis kan tillföra dömandet kvaliteter och vice versa mål hos Högsta förvaltningsdomstolen om t.ex. beskattning och tvångsvård etc. där civilrättslig eller straffrättslig expertis kan vara betydelsefull.

En systematisk genomgång av de båda domstolarnas avgöranden från senare år kan säkerligen fånga upp ytterligare mål och måltyper värda att diskutera i sammanhanget.

I min artikel Efter Stallknechtmålet — två färska fall från Högsta domstolen, i *Regeringsrätten 100 år*, 2009, s. 217, tog jag upp några rättsfall som gav tydliga exempel på frågor som gäller rättsområden som berör båda domstolarna. Här räcker det med att nämna rubrikerna på målen: Stallknecht, Lassagård och Fimgro.[1] Fimgromålet följdes sedan av ett hovrättsavgörande. Där ansågs en förvaltningsdomstols lagakraftvunna dom angående återbetalning av arbetslöshetsersättning utgöra hinder mot prövning av en vid allmän domstol väckt fastställelsetalan avseende samma belopp. En först i målet vid allmän domstol framställd invändning om condictio indebiti ansågs omfattad av rättskraften av förvaltningsdomstolens dom.[2]

Därefter anförde jag i artikeln:

> Härmed lade sig den akuta frågan om negativa kompetenskonflikter. Men att konkurrerande rättstvister och besläktade problem kan uppkomma i de båda domstolsslagen är fortfarande en realitet. Frågorna kring parallella förfaranden och ämnet ”En gemensam högsta domstol — lever frågan?” har tagits upp under senare år.[3] Ett skäl till att saken behöver diskuteras är att den klassiska uppdelningen mellan civilrätt och förvaltningsrätt är under stark uppluckring. Det har inte minst att göra med utvecklingen på de infrastrukturella områdena (tele- och energimarknaderna m.m.) samt privatiseringar och regelförändringar på områden där verksamheten tidigare som regel skett i offentligrättslig form.

[1] NJA 1994 s. 657, RÅ 1995 ref. 58, RÅ 1997 ref. 65, NJA 2001 s. 22.
[2] RH 2002:3.
[3] Här gjordes hänvisning till bl.a. SvJT 2008 s. 349.

Därefter behandlade jag till belysningen av detta i artikeln två ytterligare rättsfall från Högsta domstolen.

Det första gällde frågan om omfattningen av allmän domstols prövningsrätt i mål om återbetalning av arbetslöshetsersättning.[4] Min kommentar:

> Det är enligt min mening mycket värdefullt att Högsta domstolen valde att markera: Ska målet prövas i allmän domstol, då ska det också prövas fullt ut i sak enligt gällande processordning.
>
> Allmän domstol ska inte tjäna som någon sorts automatiskt verkande ”transportkompani” åt förvaltningsmyndigheter när dessa söker få exekutionstitel för sina krav. En sådan begränsad, ja ”snöpt”, funktion för en domstol bör inte accepteras. Den skulle kunna urholka både allmänhetens förtroende och tunna ut domarens korrekta rolluppfattning. I stället valde Högsta domstolen att tydligt klargöra att denna otillfredsställande situation var en fråga inte för rättstillämpningen utan för lagstiftaren att lösa.

Därefter behandlades ett mål i Högsta domstolen om en kommuns krav på ”dagisavgift” trots strejk med målets grundfråga: Kan allmän domstol pröva målet? Här behandlade Högsta domstolen, liksom tidigare Regeringsrätten i ett annat mål, såväl förvaltningsrättsliga som civilrättsliga frågor angående förskoleområdet. Det nämndes att Högsta domstolen också behandlat ett mål med en talan om krav på återbetalning av barnomsorgsavgift på grund av brister i miljön på ”dagis” som äventyrade barnens hälsa. Där ansågs rättsförhållandet ha så pass starka civilrättsliga inslag att det förelåg ett ömsesidigt förpliktande avtal och att domstolen därmed skulle pröva målet.[5]

Min diskussion och exemplifiering av mål och måltyper stannar här. Det ska noteras att lagrådsremissens lagförslag innehåller endast en öppen tillåtande regel om korsvis tjänstgöring utan angivande av några kriterier i sak. En bakgrund till den lösningen är troligen Högsta domstolens ledamöters remissynpunkt om att en mera detaljerad reglering av när och på vilket sätt utbyte ska ske är onödig och snarast skulle medföra komplikationer.

Jag återkommer till frågan i det följande.

6 Tjänstgöringsskyldigheten

Lagrådsremissen innehåller en öppning för korsvis tjänstgöring för justitieråd på frivillighetens grund. Den bygger alltså inte på principen om tjänstgöringsskyldighet. Frågan om domares tjänstgöringsskyldighet i en annan domstol än den där domaren är anställd är en fråga som måste regleras i lag. För andra domare än justitieråd finns en sådan reglering i 14 § lagen (1994:261) om fullmaktsanställning.

Domarlagsutredningen valde dock att inte bygga upp regleringen i denna del på tjänstgöringsskyldighet. Eftersom utredningen valde fri-

[4] NJA 2008 s. 560.
[5] Se NJA 2008 s. 642, RÅ 1982 2:62 och NJA 1998 s. 656 (I).

villighet som grund blev det också följdriktigt att utredningen anförde (s. 251):

> De högsta domstolarna fyller huvudsakligen prejudikatbildande funktioner och rättsläget skulle bli komplicerat om de fattade motstridiga beslut i närliggande frågor. Dessa problem kan emellertid inte lösas av att enstaka justitieråd förordnas att döma i den andra domstolen. Vid en sådan lösning skulle de enskilda domarna aldrig kunna representera hela den egna domstolen, utan endast sig själva.

Man kan dock i stället tänka sig en ordning med tjänstgöringsskyldighet som grund och med i lag reglerade funktioner för hur besluten om tjänstgöring i fall av korsvis tjänstgöring ska fattas. I en sådan ordning kan man på goda grunder hävda att ett förordnat justitieråd företräder sin domstol och inte endast sig själv. Därmed föreligger inte det representativitetsproblem som utredningen pekade på.

Om statsmakterna önskar det synes den reglering som idag finns i 14 § fullmaktslagen kunna utvidgas till att gälla justitieråd. Jag noterar att den nuvarande bestämmelsen inte är försedd med några övergångsbestämmelser. Betyder det att det inte heller kan göras gällande någon begränsning som hindrar tillämpningen av en enligt lag utvidgad tjänstgöringsskyldighet för redan nu utnämnda och anställda justitieråd för tjänstgöring i den andra domstolen? Rimligen borde man kunna tolkningsvis argumentera för att det här blir fråga om en förflyttning av organisatoriska skäl och därtill endast en temporär sådan. En sådan förflyttning skulle därmed inte anses oförenlig med 11 kap. 7 § andra stycket RF om den begränsade förflyttningsskyldigheten. Frågan fordrar dock helt klart närmare överväganden.

Grundlagsändringen 2010 kan sägas ha öppnat för en förstärkt prejudikatbildningsfunktion. En sådan funktion kan förstås inte innefatta medverkan av domare på enbart frivillighetens grund. Läget är därmed att den nu förestående lagstiftningen inte fullt ut tar tillvara den möjlighet som grundlagsändringen ger.

Om man söker tillgodose en förstärkt prejudikatbildningsfunktion och ha mål som rör konstitutionella frågor i centrum, bör också alternativet med en författningsdomstol föras in till belysning i diskussionen.

7 Frågan om författningsdomstol

Det är intressant att undersöka om det i den tidigare diskussionen om frågan om författningsdomstol förekommit uppslag av intresse här när det rör konstitutionellt dömande.

Under Grundlagsutredningens arbete avlämnades en expertgruppsrapport (SOU 2007:85) *Olika former av normkontroll*. Gruppen leddes av framlidne justitierådet Göran Regner. Där behandlades tre frågor: Lagrådets förhandskontroll, Lagprövning och Författningsdomstol.

I rapporten (s. 71 f.) angavs som ett av skälen för att inrätta en författningsdomstol att ”normprövningen inte anses ha en tillräckligt framträdande roll i de ordinarie domstolarnas verksamhet. Tyngdpunkten i arbetet där måste med nödvändighet ligga på mer vardagsnära frågor såsom brottmål eller skattefrågor. Genom ett särskilt organ för grundlagsfrågor skulle dessa prövas med högsta tänkbara kompetens.” Vidare nämndes bl.a. (s. 72) att en centraliserad prövning hade den fördelen att en enhetlig och överskådlig praxis i grundlagsfrågor kunde utarbetas. Slutligen framhölls (s. 73) att en författningsdomstol eller ett liknande organ skulle kunna möjliggöra att domare med specialistkompetens i grundlagsfrågor rekryterades för att enbart tjänstgöra där.

Efter den inledande analysen presenterades tre modeller: Den politiska modellen, den juridiska modellen och den medborgerliga modellen.

För resonemanget här är det den juridiska modellen som är mest intressant. I frågan om domstolens institutionella form i denna modell anfördes i rapporten bl.a. (s. 78):

> För många tycks det intuitivt mest naturliga vara att betrakta en författningsdomstol som fullständigandet av den rättsliga institutionella hierarkin. Här efterfrågas professionell juridisk kompetens av samma slag som i den verksamhet vilken bedrivs av de högsta domstolarna i kontradiktoriska domstolsförfaranden. Juridik är här ledordet, inte politik. Författningsdomstolen betraktas som en specialdomstol inom ramen för rättsordningen.
>
> I denna modell finns inget hinder att förena den lagprövande funktionen med annan dömande verksamhet, tvärtom. Och främst torde normprövningen kunna jämföras med den prövande och rättsskapande funktion som de högsta prejudikatskapande domstolarna har. Någon av Högsta domstolen eller Regeringsrätten förefaller då vara den naturliga kandidaten för utövning av en centraliserad lagprövning i Sverige. Det innebär att det nuvarande svenska systemet, där alla domstolar och andra ”offentliga organ” har denna befogenhet, ändras till en koncentrerad prövning i en enda instans. Det kan då också diskuteras om författningsfrågorna bör samlas till en särskild avdelning eller kammare inom den prövande domstolen.
>
> Det är dock inom ramen för den juridiska modellen även möjligt att tänka sig en central instans för prövning av de aktuella frågorna, eventuellt tillskapad genom en kombination av delar av Högsta domstolen och Regeringsrätten eller en sammanslagning av dessa domstolar helt och hållet (något som har vidare implikationer än den här aktuella frågan om författningsdomstol) med särskild ”konstitutionskammare” (som i Estland).

I avsnittet om författningsdomstolens domare i denna modell anfördes bl.a. (s. 79):

> Om författningsdomstolens arbetsuppgifter likställs med reguljär verksamhet i domstolarna, särskilt de högsta instanserna, är det naturligt att efterfråga juridisk kompetens hos dem som utses till domare i författningsdomstolen. Om arbetet som författningsdomare kombineras med annan verksamhet i t.ex. Högsta domstolen/Regeringsrätten är detta än mera uppen-

bart. Uppgifterna kräver specialkompetens som står att finna i en profession som har utbildats för ändamålet och där personerna tillägnat sig ytterligare kunskap och erfarenhet genom att verka i, möjligen också forska om, den rättsliga sfären.

I rapporten diskuterades för- och nackdelar med de olika modellerna. Det konstaterades (s. 84) att den juridiska modellen innebär ett i förhållande till övriga modeller, minsta ingrepp i den nuvarande svenska normprövningsmodellen.

Avslutningsvis tog rapporten upp några exempel på ändrad normkontroll där de tre komponenterna Lagrådets förhandskontroll, lagprövning och författningsdomstol fördes samman i tre olika alternativ.

I minimialternativet består Högsta domstolen och (numera) Högsta förvaltningsdomstolen helt separata.

I mellanalternativet slås de båda högsta instanserna samman och bildar en högsta domstol som prövar alla mål som släpps upp från allmänna domstolar och förvaltningsdomstolar. Uppenbarhetsrekvisitet förutsätts, som ju sedan också blev fallet, helt borttaget, vilket medför att rättsläget i högre grad än tidigare bestäms genom domstolspraxis. Vidare anfördes (s. 97) bl.a:

I den sammanslagna domstolen inrättas en särskild kammare med uppgiften att pröva lagprövningsfrågor och andra mål med konstitutionell inriktning (t.ex. ”riksrättsfrågor” och valfrågor).

I maximialternativet inrättas en författningsdomstol. Av rapporten (s. 98 ff.) framgår bl.a. att domstolen inrättas i huvudsak med utgångspunkt i den juridiska modellen.

Den tänks sammansatt av nio ledamöter, tre justitieråd, tre regeringsråd och tre övriga ledamöter. Författningsdomstolen sammankallas ad hoc för prövning. Ledamöterna har kvar sina ordinarie uppdrag vid sidan av tjänstgöringen i författningsdomstolen. Högsta domstolen och Regeringsrätten och andra domstolar som dömer i sista instans har en skyldighet att hänskjuta en lagprövningsfråga, dock inte rörande frågeställningar där praxis redan framstår som helt klar. Regleringen skulle därmed knyta an till den ordning som gäller vid domstolars inhämtande av förhandsbesked från EU-domstolen.

Domarna från Högsta domstolen och Regeringsrätten som ska tjänstgöra i författningsdomstolen tänks att utnämnas enligt ”lagrådsprincipen”, dvs. av respektive domstol. Dessa ledamöter tjänstgör i perioder om sex år, med möjlighet att utnämnas på nytt av sina domstolar. Övriga tre ledamöter utses av riksdagen.

Här vill jag notera att ”lagrådsprincipen” för utnämning består i att beslut om förordnande fattas av samtliga ledamöter i respektive domstol, se 12 § lagen (2003:333) om Lagrådet. Bestämmelsen lyder: ”Alla justitieråd bör delta i beslut som enligt denna lag fattas av Högsta

domstolen respektive Högsta förvaltningsdomstolen, om de inte är befriade från skyldighet att tjänstgöra eller har annat giltigt skäl att inte delta i beslutet." I instruktionerna för respektive domstol hänvisas till bestämmelsen i lagrådslagen. Det är alltså där och inte i instruktionen som beslutsordningen anges. I instruktionerna rubriceras i och för sig även sådana beslut under avsnittsrubriken Administrativa ärenden. Men det är inte fråga om vanliga beslut i plenum. I plenum ingår kanslichefen men så är inte fallet vid dessa beslut. Till sin karaktär får dessa beslut anses vara konstitutionella.

I Grundlagsutredningen förelåg dock enighet om att inte föra fram något förslag om inrättande av en författningsdomstol. I propositionen till en reformerad grundlag gjordes samma ställningstagande. I samband med riksdagsbehandlingen av propositionen framfördes dock förslaget om inrättande av en författningsdomstol motionsvis. Det avstyrktes, som redan nämnts, av konstitutionsutskottet. Därefter har förslaget upprepade gånger kommit upp i motioner. Det har avstyrkts senast i 2015/16:KU16. Nu föreligger åtta motioner i frågan vid innevarande års riksdag.

Här blir fortsättningsvis min utgångspunkt att det inte kommer införas en författningsdomstol i Sverige samt att samtliga domstolar även fortsättningsvis med lagprövningsinstrumentet och eljest har i uppgift att fullt ut ansvara för att rättstillämpningen är förenlig med författningen.

Därmed kvarstår frågan om det kan gå att söka tillgodose en förstärkt prejudikatbildningsfunktion i fråga om mål som rör konstitutionella frågor genom korsvis tjänstgöring i de båda högsta instanserna. Här ger Göran Regner och hans expertgruppsrapport inspiration för följande skiss. Man skulle, möjligen något vanvördigt och språkligt inkorrekt men rätt illustrativt, tills vidare kunna ge det som här läggs fram arbetsnamnet "en författningsdomstol light".

8 En skiss till "en författningsdomstol light"

Den minimalistiska utgångspunkten blir här att de båda högsta instanserna inte slås samman utan består i nuvarande form. Den organisatoriska lösningen bygger i stället på principen om korsvis tjänstgöringsskyldighet och en särskild beslutsordning i de båda domstolarna i fråga om tjänstgöringsförordnandena.

En sådan ordning bör anses ligga väl inom de ramar som nu gällande regeringsform möjliggör. Den måste regleras i lag, närmare och på annat sätt än i det nu aktuella lagstiftningsärendet.

Tanken är att Högsta domstolen respektive Högsta förvaltningsdomstolen i samband med beslut att medge prövningstillstånd också kan besluta att målet ska behandlas i s.k. särskild sammansättning i respektive domstol. En bestämmelse om den sakliga avgränsningen för den här ordningen fordrar närmare överväganden. Det gäller att finna en formulering som inte är för detaljerad utan som ger domsto-

len betydande frihet. Här är ett försök att uttrycka regeln: ”Om Högsta domstolen vid sin behandling i ett mål av frågan om beviljande av prövningstillstånd finner att det vid prövningen av målet bör tillföras särskilda erfarenheter av rättstillämpningen på ett område som Högsta förvaltningsdomstolen ansvarar för, får domstolen besluta om s.k. särskild sammansättning.” För Högsta förvaltningsdomstolen ges en motsvarande regel.

Med särskild sammansättning förstås här en sammansättning med, förslagsvis, sju ledamöter, fyra från den ”påkallande” domstolen och tre från den andra, ”sändande”, domstolen. Alternativt kan tänkas fyra–fyra eller fem–fyra ledamöter. Enligt gällande bestämmelser dömer domstolarna var och en med minst fem ledamöter i sitsen. En ordning med hela tio ledamöter för ett avgörande i gemensam sammansättning framstår dock som mindre lämplig.

En viktig fråga att ta ställning till är hur de dömande ledamöterna vid särskild sammansättning ska utses.

Såvitt gäller den påkallande domstolens ledamöter blir utgångspunkten vanliga regler och praxis i den domstolen för sammansättning, lämpligen kombinerad med en tillämpning av anciennitetsprincipen.

Svårare och känsligare blir hur den andra, sändande, domstolens domare ska utses. Tanken är att den påkallande domstolen ska tillföras lämplig kompetens från den andra domstolen efter den senare domstolens exklusiva bestämmande.

Här bör ”lagrådsprincipen” kunna ge ledning. Ett ärende om att utse ledamöterna ska inte ses som ett administrativt ärende där beslut fattas i domstolens plenum eller kollegium eller av domstolens president eller kanslichef. Kanslichefen, som ingår i både plenum och kollegium, är inte ledamot av domstolen och bör inte vara med att fatta beslut om vilka ledamöter som ska delta i den andra domstolens dömande verksamhet. Det ska i stället vara en exklusiv fråga för domarna i den sändande domstolen. Den bör alltså behandlas av domstolens samtliga ledamöter. Lagrådsprincipen betecknades i det föregående som konstitutionell till sin natur. Samma regel skulle här bli av liknande slag. Det handlar om en rättstillämpningsuppgift för domstolen. Som administrativ kan den definitivt inte betecknas.

Syftet med regleringen är tillföra den påkallande domstolen särskild kompetens från de områden av rättstillämpningen som den sändande domstolen svarar för. Den sändande domstolen ska ha tillgång till beslutet och akten från den påkallande domstolen. Den domstolens beslut är bindande för den sändande domstolen och ska alltså inte kunna avvisas av denna.

Det bör framhållas att den påkallande domstolen inte ska kunna särskilt formulera behovet av expertis i termer av någon sorts ”beställning” av särskild domare eller av en ”domarprofil”. I stället är det den

sändande domstolen som självständigt prövar vilka domare som ska utses.

När sedan väl sitsen är sammansatt handlägger den målet enligt den processordning, inklusive de omröstningsregler, som gäller för den påkallande domstolen. Dom beslutas i den domstolens namn med tillägget ”i särskild sammansättning”.

En ytterligare och sista fråga som här bara kan antydas är hur domstolen i sådan särskild sammansättning ska hantera situationer där sitsen identifierar ett behov av att kunna frångå ett tidigare prejudikat som någon av domstolarna beslutat i någon i målet relevant fråga eller om det i annat fall bedöms vara av särskild betydelse för rättstillämpningen att frågan avgörs i plenum.

Sakliga skäl talar för att också särskilda regler bör införas om att sådana frågor efter beslut av den särskilt sammansatta sitsen ska behandlas i ett gemensamt sammansatt plenum. De båda domstolarnas samtliga ledamöter deltar i ett plenum i den påkallande domstolens namn. Domen avkunnas i den påkallande domstolens namn med förslagsvis detta tillägg: ”i plenum gemensamt med [den sändande domstolens] ledamöter”.

Ett gemensamt plenum blir dock personellt mycket omfattande. Det kan ses som ett problem. Möjligen skulle man kunna underlätta problemet genom att i stället tänka sig en ordning där den sammansatta sitsen kan ställa särskilda frågor till gemensamt plenum i former som liknar förhandsbeskeden till EU-domstolen.

Härmed är det skisserade upplägget presenterat.