Skrifter från juridiska institutionen
vid Umeå universitet

Nr 53

UMEÅ UNIVERSITET

Tillägnad min kära pappa
Göran Löding

UMEÅ UNIVERSITET

Underrättsdomaren

En rättsvetenskaplig studie om underrättsdomarens rättstillämpande roll och förhållande till den nationella lagstiftaren

MARLENE LÖDING

Juridiska institutionen
Umeå 2026

Abstract

Löding, Marlene. *The Lower-Court Judge: A Legal Study of the Judge's Role in Legal Application and Relationship to the National Legislator.*

In the Swedish constitutional system, lower-court judges play a central role in the application of law, yet little is known about how they understand this role in relation to the role of the national legislator. This thesis explores how Swedish lower-court judges understand their role in legal application, with particular attention to its relationship to the role of the national legislator in the constitutional system. The study focuses on judges' own conceptions of what it means to apply the law, rather than on their actual practices or the outcomes of judicial decisions.

The research is based on interviews with currently serving lower-court judges, capturing how they view and reflect on the application of law and use of different legal sources. Using thematic analysis, three ideal-type roles are constructed to illustrate variations in these conceptions: The Civil Servant, The Guardian, and The Creator. The Civil Servant emphasises strict application of legislation and loyalty to the legislator. The Guardian highlights responsibility for maintaining the integrity of the legal system, including adherence to principles and to the hierarchy of norms. The Creator expresses a conception of the judge as also contributing to the development of law through judicial law-making.

The constructed roles are analysed in relation to institutional and constitutional conditions and prior discussions about the role of the Swedish judge, as well as compared to each other. The analysis shows how the different role conceptions can be understood as expressions of different ways of relating to the institutional and constitutional conditions shaping the Swedish constitutional system. Furthermore, the comparison between the roles demonstrates that the different role conceptions can be seen as positioned within a tension between tradition, change, and the practical realities of everyday judicial work, ranging from a view of the judge as primarily serving the legislator to one of acting as a guardian of the legal system or, to some extent, its co-creator.

Overall, by constructing, analysing, and comparing these role conceptions, the dissertation contributes to a nuanced view of the diversity of the self-understandings of Swedish lower-court judges regarding their role in legal application.

Keywords: lower-court judges, legal reasoning, legal sources, role conceptions, judges´ self-understandings, constitutional law, interviews, thematic analysis, Sweden

© Författaren 2026
This work is protected by the Swedish Copyright Legislation (Act 1960:729)
ISSN: 1404-9198
ISBN (print): 978-91-8070-931-6.
ISBN (pdf): 978-91-8070-932-3.
Omslag: Maria Lindhgren
Elektronisk version tillgänglig på http://umu.diva-portal.org/
Tryck: Scandinavian Print Group, Skarpnäck 2026

Förord

Under flera år har denna avhandling varit en konstant i mitt medvetande. Även när andra delar av livet har förändrats har den, på gott och ont, varit beständig. Nu när tiden trots allt är kommen för att lämna avhandlingen bakom mig finns det många att tacka, vars stöd och insatser däremot alltid kommer att leva kvar i mitt minne.

Inledningsvis vill jag tacka de underrättsdomare som ställt upp som intervjupersoner. Utan ert deltagande hade studien inte varit möjlig att genomföra. Era utsagor är era egna, medan jag bär ansvaret för bearbetningen och analysen av dessa utsagor, samt för de slutsatser som presenteras i avhandlingen.

Ett stort tack riktas även till mina handledare, Mattias Derlén, Johan Lindholm och Lena Landström. Tack alla tre för ert engagemang, er uppmuntran och för att ni har insisterat på att det som först kan framstå som banalt också kan vara intressant. Tack Mattias för att jag fått ta del av din kunskapskälla, som aldrig tycks sina, och för din noggrannhet. Johan, tack för att du visar att forskning kan vara något kreativt och roligt. Det är både inspirerande och befriande. Tack till dig Lena för din pragmatism, din processrättsliga kompetens och för den omtanke som du har visat, vilken jag misstänker sträcker sig bortom handledaruppdraget.

Jag vill även tacka Moa Bladini och Olof Wilske som vid mitt mittseminarium respektive slutseminarium har läst och kommenterat avhandlingsmanuset. Era skarpa frågor, konstruktiva kommentarer och värdefulla perspektiv har gjort avhandlingen betydligt bättre.

Ett tack riktas också till Vetenskapsrådet, som har delfinansierat min forskarutbildning genom bidrag till forskningsprojektet *Domstolsmakt och makt över domstolar: En tvärvetenskaplig granskning av domarrollen i förändring.* Den återstående delen har finansierats av Juridiska institutionen vid Umeå universitet, för vilket jag är mycket tacksam.

Juridiska institutionen har under åren även erbjudit en inspirerande forskningsmiljö och en känsla av gemenskap som gjort det lättare att navigera genom avhandlingens alla faser. Jag vill därför tacka alla kollegor och vänner vid institutionen. Att skriva en avhandling kan framstå som ett ensamt arbete, men med er har jag aldrig känt mig ensam. Ni har alla bidragit till den varma gemenskap som jag har upplevt på denna arbetsplats. Tack för kloka samtal, generös kollegialitet och inte minst alla fikastunder fyllda av skratt. Flera av er har dessutom blivit mina nära vänner och några förtjänar ett särskilt tack.

Victoria Lindgren. Det är få förunnat att ha en av sina bästa vänner som kollega, men den lyckan har jag haft. Tack för alla samtal och för vårt gemensamma sökande efter svar. Både ditt stöd och din klokskap har varit ovärderliga under hela processen. Tack till dig Thomasine Francke Rydén, för alla skratt som gjort både skrivandet och vardagen så mycket lättare. Dessa skratt har varit minst lika viktiga som det stöd och det engagemang som du har visat. Av samma anledning vill jag även tacka dig Moises Löfroth (och Ellen!). Nu kommer jag förhoppningsvis ha mer tid till att sätta mig in i kommande travomgångar.

Härutöver vill jag rikta ett tack till några kollegor som har varit extra uppmuntrande och stöttande, eller på andra sätt gjort ett särskilt avtryck under dessa år. Alla doktorandkollegor under åren, Carin Ulander-Wänman, Görel Granström, Jan Leidö, Lena Enqvist, Markus Naarttijärvi, Therese Enarsson och Viola Boström. Tack! Och till er som inte har nämnts här, men som vet att ni på ett eller annat sätt har bidragit under arbetets gång, detta tack är också till er.

Jag vill förstås även skicka ett stort tack till min familj, mina vänner utanför universitetet och alla andra som har hejat, stöttat och på olika sätt hjälpt mig genom avhandlingsskrivandet. Ett särskilt tack riktar jag till min pappa. Tack för allt du har gett mig och för att du alltid får mig att hitta fotfästet när tillvaron känns som en myrmark om våren. Till dig tillägnar jag denna avhandling.

Härtill vill jag rikta ett varmt tack till mina vänner Anna och Johan som har erbjudit andrum och högt i tak när hjärnan har behövt tänka på något annat. När jag är med er och Anton mår jag så himla bra.

Mitt allra djupaste tack går slutligen till Anton och Ted. Tack Anton för att du gör mitt liv så färgglatt, för din kärlek och för våra små men ändå stora drömmar som burit mig genom skrivandets mest utmanande stunder. Det här kommer vi aldrig behöva göra om igen.

Ted. Tack för den obegränsade glädje du sprider och som får allt annat att kännas mindre viktigt. Genom dig har jag lärt mig att se livet med andra ögon, men också skillnaden mellan en grävskopa och en grävmaskin. Till månen och tillbaka!

Marlene
Umeå i mars år 2026

Innehållsförteckning

FÖRORD 1

INNEHÅLLSFÖRTECKNING 3

FÖRKORTNINGAR 7

DEL I: DE INLEDANDE DELARNA 9

1 INLEDNING 11
1.1 Introduktion till studiens problemformulering 11
1.2 Studiens syfte, avgränsningar och övergripande design 17
1.2.1 Det första delsyftet 18
1.2.2 Det andra delsyftet 21
1.2.3 Det tredje delsyftet 22
1.3 Forskningsläge och kunskapsbidrag 22
1.3.1 Tidigare forskning och diskussioner 23
1.3.2 Kunskapsbidrag 29
1.4 Vissa definitioner 30
1.4.1 Underrättsdomaren 31
1.4.2 Den nationella lagstiftaren 35
1.5 Disposition 38

2 STUDIENS KONTEXTUELLA BAKGRUND 40
2.1 Inledning 40
2.2 Domstolsorganisationen och rättskipningens tyngdpunkt i första instans 41
2.3 Konstitutionellrättsliga förutsättningar 46
2.3.1 Underrättsdomarens konstitutionella funktioner 47
2.3.2 Oberoende och självständighet 61
2.3.3 Sammanfattande syntes 67
2.4 Tidigare diskussioner om den svenska domarrollen 68
2.4.1 Den traditionella domarrollen 68
2.4.2 En förändrad domarroll? 72
2.4.3 Sammanfattande syntes 76

3 TEORI OCH METOD 78
3.1 Inledning 78
3.2 Vetenskapsteoretiska utgångspunkter 78
3.2.1 Rollföreställningar som en relationell, kontextuell och normativ praktik 79
3.2.2 Situerad kunskap och forskaren som redskap 80

3.3 Teoretiskt verktyg för att undersöka rollföreställningar ... 82
3.4 Det första delsyftet: undersöka rollföreställningar och konstruera illustrerande roller ... 86
3.4.1 Datainsamling genom intervjuer ... 87
3.4.2 Den tematiska analysen ... 91
3.5 Det andra delsyftet: empiridriven analys av rollföreställningar ... 103
3.6 Det tredje delsyftet: jämförande analys mellan rollföreställningar ... 106

DEL II: UNDERRÄTTSDOMARENS RÄTTSTILLÄMPANDE ROLLER ... 109

4 ÄMBETSMANNEN ... 111
4.1 Kärnan i rollen ... 111
4.2 Rättstillämpning som lagtillämpning ... 113
4.3 Lagtolkning genom lagstiftarens intentioner ... 117
4.4 Principskepticism ... 121
4.5 Nationellrättsligt företräde ... 126
4.6 Analys och diskussion ... 129
4.6.1 Institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar ... 130
4.6.2 Tidigare diskussioner om domarrollen ... 138
4.6.3 Sammanfattande syntes ... 141

5 VÄKTAREN ... 142
5.1 Kärnan i rollen ... 142
5.2 Rättstillämpning är mer än lagtillämpning ... 144
5.3 Ej tillåtet att lagstifta genom förarbeten ... 154
5.4 Rättsfallspositivism ... 159
5.5 Analys och diskussion ... 165
5.5.1 Institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar ... 166
5.5.2 Tidigare diskussioner om domarrollen ... 169
5.5.3 Sammanfattande syntes ... 173

6 KREATÖREN ... 174
6.1 Kärnan i rollen ... 174
6.2 Rättsskapande för rättstillämpning ... 176
6.2.1 Rättskapande som en ofrånkomlig funktion ... 178
6.2.2 Kompletterande rättsskapande ... 185
6.3 Rättsutveckling genom rättstillämpning ... 192
6.4 Rättsskapande och rättsutveckling som ett första steg mot prejudikatbildning 198
6.5 Analys och diskussion ... 202
6.5.1 Institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar ... 202
6.5.2 Tidigare diskussioner om domarrollen ... 206
6.5.3 Sammanfattande syntes ... 209

DEL III: DE AVSLUTANDE DELARNA 211

7 ROLLFÖRESTÄLLNINGARNAS INBÖRDES VARIATIONER OCH RELATIONER 213
7.1 Inledning 213
7.2 Ämbetsmannen: ett svåruppnåeligt ideal? 213
7.3 Väktaren: en utmanare till idealet? 216
7.4 Kreatören: en roll i konflikt mellan ideal och rätten i praktiken? 219
7.5 Sammanfattande syntes 222

8 SAMMANFATTADE SLUTSATSER OCH REFLEKTIONER 223
8.1 Inledning 223
8.2 Studiens sammanfattade slutsatser 223
8.3 Reflektioner om den rättstillämpande rollen i framtiden 226
8.4 Uppslag till vidare forskning 229
8.5 Slutord 233

BILAGA 1: INTERVJUGUIDE 235

SUMMARY 239

KÄLLFÖRTECKNING 245

Förkortningar

Anslutningsfördraget	Fördrag mellan Europeiska unionens medlemsstater och Konungariket Norge, Republiken Österrike, Republiken Finland och Konungariket Sverige om Konungariket Norges, Republiken Österrikes, Republiken Finlands och Konungariket Sveriges anslutning till Europeiska unionen, undertecknat den 24 juni 1994, EGT C 241 29.8.1994
bet.	Betänkande
dnr.	Diarienummer
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EU-lagen	Lag (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen
Europadomstolen	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
Europakonventionen	Den europeiska konventionen den 4 november 1950 angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FL	Förvaltningslag (2017:900)
fn.	Fotnot
FPL	Förvaltningsprocesslag (1971:291)
Förvaltningsrättsinstruktionen	Förordning (1996:382) med förvaltningsrättsinstruktion
HD	Högsta domstolen

HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
Hovrättsinstruktionen	Förordning (1996:379) med hovrättsinstruktion
Kammarrättsinstruktionen	Förordning (1996:380) med kammarrättsinstruktion
KU	Konstitutionsutskottet
LAFD	Lag (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RF	Regeringsformen (1974:152)
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SOU	Statens offentliga utredningar
Tingsrättsinstruktionen	Förordning (1996:381) med tingsrättsinstruktion
Utnämningslagen	Lag (2010:1390) om utnämning av ordinarie domare
Venedigkommissionen	Europarådets Venedigkommission, CDL-AD(2011)0003rev-e, *Report on the Rule of Law*, antagen vid kommissionens 86:e plenisession, mars 2011

DEL I:
DE INLEDANDE DELARNA

1 Inledning

1.1 Introduktion till studiens problemformulering

Denna studie behandlar underrättsdomarens rättstillämpande roll i det svenska konstitutionella systemet och dess förhållande till den nationella lagstiftaren. Med underrättsdomaren avses i studien den lagfarne ordinarie domaren som är verksam i tings- eller förvaltningsrätt.[1]

Studien tar avstamp i synen på domaren som en central rättslig aktör, vars roll bör studeras inom ramen för rättsvetenskaplig forskning. Jag ansluter mig till en förståelse av rätten som något mer än det som kommer till uttryck i dess ytnivå, som bland annat består av lagstiftning, förarbeten, domstolsavgöranden samt juridisk litteratur. Rätten består även av djupare lager, som innehåller olika typer av rättsliga företeelser som påverkar hur jurister hanterar rättens ytnivå. Som exempel på företeelser som finns i rättens djupare lager kan rättskälleläror, olika metoder för lagtolkning och normhierarkier nämnas. Dessa företeelser är inte alltid synliga i rättens ytnivå, men är avgörande för rättens praktik. Det vill säga hur rätten förstås, tolkas och tillämpas i praktiken.[2]

Mot bakgrund av denna förståelse av rätten kan det argumenteras för att domaren utgör en särskilt central rättslig aktör, inte enbart genom att påverka rättens ytnivå genom domstolsavgöranden, utan även genom att bidra till konstruktionen och upprätthållandet av de företeelser som finns i rättens djupare lager. Domaren är oftast referenspunkten vid fastställandet eller i konstruerandet av gällande rätt och den juridiska utbildningen har som regel ett domarperspektiv

[1] Begreppet underrätt avser i studien således tings- och förvaltningsrätterna. Högre domstolsinstanser som är överordnade tings- och förvaltningsrätterna, i form av hovrätter, kammarrätter, Högsta domstolen (HD) och Högsta förvaltningsdomstolen (HFD), betraktas alla som överrätter, se Ekelöf m.fl., 2016, s. 116. Se vidare avsnitt 1.4.1 för en närmare definition av begreppet underrättsdomaren.

[2] Se Tuori, 2016, s. 147–196. Jag vill här betona den poäng som Tuori själv gör när han påpekar att det avgörande inte är hur många olika lager som rätten består av, lagrens exakta distinktion i förhållande till varandra eller vilka rättsliga företeelser som förekommer i varje lager. Utan det väsentliga är att rätten uppfattas som bestående av mer än det som kommer till uttryck i rättens ytnivå, Tuori, 2016, s. 154 och 196. Mot bakgrund av denna poäng har jag valt att inte vidare redogöra för den uppdelning av rättens olika lager som Tuori själv gör, eftersom jag inte uppfattar det som nödvändigt för argumentet att domaren utgör en särskilt central rättslig aktör.

som utgångspunkt.[3] Dessutom är domaren och domstolarna de aktörer som slutligt avgör vad som är en rättsligt övertygande argumentation. Härmed kan domaren beskrivas utgöra ”mönstret” för rättens praktik och domaren framstår som ett ideal, som andra jurister förväntas förhålla sig till.[4]

Studiet av domarens roll kan även betraktas vara av vikt för upprätthållandet av allmänhetens förtroende gentemot domstolarna som en samhällelig institution.[5] Att allmänheten upplever ett förtroende utgör i sin tur en förutsättning för att domstolarna som institution ska fungera och för att allmänheten ska vilja rätta sig efter domstolarnas avgöranden.[6] Ett bland allmänheten informerat förtroende för domstolarna förutsätter kunskap om domarens roll. Denna kunskap möjliggör även kritik och ifrågasättande från allmänhetens sida. Det är därför nödvändigt att rättsvetenskapen bidrar med kunskap om domarrollen på ett så lättillgängligt sätt som möjligt.[7]

Även om den grundläggande bakgrunden till studien är synen på domaren som en central rättslig aktör i mer generell bemärkelse, fokuserar studien på en mer begränsad dimension av domarens roll inom en något mer avgränsad del av rätten; nämligen underrättsdomarens rättstillämpande roll och dess förhållande till den nationella lagstiftaren i det svenska konstitutionella systemet.

Domarens roll som rättstillämpare i det svenska konstitutionella systemet bör idag främst anses följa av rättsstatliga principer, såsom legalitetsprincipen, rättssäkerhetsprincipen och förbudet mot godtycke.[8] Av dessa principer följer att domarens offentliga maktutövning ska utföras under lagarna, vara förutsebar och

[3] Se Strömholm, Lyles och Valguarnera, 2020, s. 427–429. Jfr även Ställvik, 2009, s. 17. Domaren kan härmed, med Bourdieus begreppsanvändning, sägas besitta *symboliskt kapital*. Symboliskt kapital avser något som tillerkänns kredit, eller ett värde, av en viss grupp, se Bourdieu, 1977, s. 181.

[4] Strömholm, Lyles och Valguarnera, 2020, s. 428.

[5] Se McIntyre, 2019, s. 26–27 med hänvisningar.

[6] SOU 2008:106, s. 43–46 med hänvisningar.

[7] Se McIntyre, 2019, s. 26–27 med hänvisningar.

[8] Även om det kan finnas olika uppfattningar om rättsstatens innebörd och innehåll, torde många idag vara eniga om att rättsstaten bland annat förutsätter ett upprätthållande av dessa tre principer. Jfr Tamanaha, 2004, s. 3 där det uttrycks att det funnits olika uppfattningar om rättsstatens innebörd och mening. Att rättsstaten kan innefatta dessa tre principer framgår bl.a. av Europarådets definition av rättsstatsbegreppet, Europarådets Venedigkommission, CDL-AD(2011)0003rev-e, *Report on the Rule of Law*, antagen vid kommissionens 86:e plenisession, mars 2011 (Venedigkommissionen), s. 10 f.

inte vara godtycklig, vilket implicerar att domarens roll i rättsstaten huvudsakligen är en rättstillämpande roll snarare än en rättsbildande roll.[9]

Att domaren har en rättstillämpande roll i det konstitutionella systemet ger även uttryck för en rollfördelning mellan de normgivande aktörerna, till exempel den nationella lagstiftaren, och domaren som enligt regeringsformen inte har tilldelats någon formell normgivningsmakt. Den exakta innebörden av domarens rättstillämpande roll och dess förhållande till den nationella lagstiftaren framstår utifrån de konstitutionellrättsliga förutsättningarna för rollen dock som komplex.[10]

En domare kan exempelvis ställas inför en rättstillämpningssituation där den aktuella lagtexten är vag eller där det saknas uttrycklig reglering. Domaren behöver i en sådan situation, genom antingen tolkning eller utfyllnad av gällande rätt, skapa rätt för att komma fram till ett avgörande i det enskilda fallet. I denna situation kan det för domaren uppstå en spänning mellan legalitetsprincipen och behovet av att skapa rätt för att kunna utföra sin rättsskipning.[11]

Komplexiteten kan även illustreras genom de spänningar som kan uppstå mellan demokratiska och rättsstatliga principer i en rättstillämpningssituation. En domare kan till exempel ställas inför situationen att ett lagstadgande kolliderar med en konstitutionell överordnad norm. I denna situation kan det för domaren uppstå en spänning i valet mellan att tillämpa lagstadgandet som kan ses som ett uttryck för folkviljan och upprätthållandet av normhierarkin som kan betraktas som en rättsstatlig princip.[12] Spänningen i denna situation blir dessutom särskilt tydlig sett till att de konstitutionella normerna ofta är vagt utformade och därmed kan lämna ett stort utrymme för domarens tolkning, vilket aktualiserar en gränsdragning mellan rättstillämpning och rättsbildning.[13]

Sammantaget framstår innebörden av domarens rättstillämpande roll och dess förhållande till den nationella lagstiftaren som komplex, och den skrivna konstitutionella rätten innehåller inte någon allomfattande vägledning om hur

[9] Se Venedigkommissionen, s. 10 f. Principerna kommer även till uttryck i regeringsformen (RF). Legalitetsprincipen uttrycks bl.a. i 1 kap. 1 § 3 st. RF, se även prop. 2009/10:80, s. 142, där det uttrycks att kravet utgör en rättsstatlig princip. Av 1 kap. 9 § RF framgår att domstolarna ska ”beakta allas likhet inför lagen samt iaktta saklighet och opartiskhet”, vilket bl.a. innebär att domaren ska handla utan godtycke, se prop. 1973:90, s. 235.

[10] Jfr Strömholm, Lyles och Valguarnera, 2020, s. 419 f. med hänvisningar, där definitionen av begreppet rättstillämpning diskuteras.

[11] Se Södergren, 2009, s. 146 och 148–149; Bull, 1999/2000, 802–805.

[12] Se Sunnqvist, 2014, s. 41; Södergren, 2009, s. 147–148; Bull, 1999/2000, s. 804–805.

[13] Jfr Stone Sweet, 2012, s. 819 med hänvisning till Hans Kelsen, La garantie juridictionnelle de la constitution, i *Revue de Droit Public*, 1928.

innebörden och förhållandet ska förstås.[14] Det kan därför argumenteras för att det i hög grad är domarnas egna föreställningar om, och utföranden av, den rättstillämpande rollen som avgör rollens innebörd och dess förhållande till den nationella lagstiftaren.[15]

Exempelvis får den rättstillämpande rollen i det enskilda fallet en mer begränsad innebörd om en domare föreställer sig att rollen främst går ut på att tillämpa nationell lagstiftning och därför väljer att tillämpa ett lagstadgande som vid en normprövning eventuellt skulle kunna anses strida mot en överordnad norm. Innebörden av den rättstillämpande rollen framstår härigenom som likställd med lagtillämpning och dess förhållande till den nationella lagstiftaren framträder som lojalt.[16]

Om en domare i samma rättstillämpningssituation däremot uppfattar sig ha en kontrollerande funktion inom ramen för sin rättstillämpande roll och därför väljer att vidta en prövning av lagstadgandets förhållande till den överordnade normen, får den rättstillämpande rollen en vidare innebörd än att endast omfatta lagtillämpning. Den rättstillämpande rollen förefaller utifrån denna domares föreställning även innefatta en kontrollerande dimension och förhållandet till den nationella lagstiftaren framstår inte som lika lojalt.[17]

Svenska domare har traditionellt ansetts ha en förhållandevis begränsad och återhållsam rättstillämpande roll i det konstitutionella systemet.[18] Bilden har länge varit att de svenska domstolarna och domarna har en svag konstitutionell ställning, vilket har ansetts kännetecknas av en försiktighet, pragmatism och lojalitet gentemot statsmakten.[19] Denna bild har bland annat ansetts vila på en lång tradition där domstolarna konstitutionellt inte har erkänts som en tredje statsmakt, vars roll är att kontrollera att den nationella lagstiftande och verkställande makten inte missbrukar sin makt.[20]

Från mitten av 1990-talet har det i den juridiska litteraturen dock förts flitiga diskussioner om domstolarnas och domarnas roll i det svenska konstitutionella systemet. Flera av dem som deltagit i diskussionerna har framfört att den svenska

[14] Se vidare avsnitt 2.3. Jfr även Ramberg, 2017, s. 44.

[15] Se Södergren, 2009, s. 149. Jfr även Sunnqvist, 2014, s. 38–41.

[16] Jfr Sunnqvist, 2014, s. 67 med hänvisningar.

[17] Jfr Sunnqvist, 2014, s. 35–37.

[18] Se t.ex. Hirschl, 2011, s. 450; SOU 1999:58, s. 11; Zweigert och Kötz, 1998, s. 277.

[19] SOU 1999:58, s. 11.

[20] Melin, 2014, s. 429. I Sverige är det i stället massmedia som brukar tituleras den tredje statsmakten, se vidare Axberger, 2009, s. 427–428.

domarrollen är under förändring. De flesta är eniga om att domarnas makt har ökat och vissa menar att detta har skett på bekostnad av den politiska makten.[21]

Flera av bidragen i diskussionen har främst handlat om de högsta instanserna och särskilt fokus har riktats mot Högsta domstolens praxis.[22] Mot bakgrund av ett antal uppmärksammade avgöranden har det bland annat framförts att Högsta domstolen har ägnat sig åt en mer aggressiv rättsbildning och att domstolens självförtroende samt upplevda handlingsutrymme har ökat.[23] Även om det föreligger vissa oenigheter huruvida Högsta domstolens utveckling är lämplig eller olämplig, tycks enighet emellertid råda om att domstolens förhållande till den nationella lagstiftaren har förändrats. Högsta domstolens roll som rättsbildare och prejudikatinstans har blivit större.[24]

Att domarna kan ha ändrat sitt förhållningssätt till den rättstillämpande rollen framstår inte heller som omöjligt sett till de konstitutionella förändringar som Sverige genomgått. För att vara ett land med en förhållandevis statisk konstitutionell historia, där stora förändringar traditionellt har tagit lång tid, har det sedan slutet av 1900-talet skett stora konstitutionella förändringar i Sverige på en jämförelsevis kort tid.[25] Från att, likt många andra länder, ha haft en tradition av konstitutionell monism har Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna (Europakonventionen) och särskilt medlemskapet i Europeiska unionen (EU) för svensk del inneburit en övergång till konstitutionell pluralism.[26] Denna övergång har påverkat den svenska konstitutionella rätten och det konstitutionella systemet i grunden på ett sätt som gör att det förefaller rimligt att anta att också de svenska domarnas förhållningssätt till den rättstillämpande rollen kan ha påverkats.[27]

Även om denna studie inte har för avsikt att empiriskt bevisa huruvida en faktisk förändring i de svenska domarnas rättstillämpande roll har skett, har diskussionen om en domarroll i förändring och de konstitutionella

[21] Se t.ex. Norberg, 1995, s. 424 f.; Nergelius, 2000, s. 545 f.; Eklund, 2004, s 205 f.; Eka, 2014, s. 369 f.; Wiklund, 2014(1), s. 477; Mattsson, 2014, s. 587–589; Wersäll, 2018, s. 47 f.

[22] Se t.ex. Wersäll, 2014(1), s. 1 f.; Wiklund, 2014(2), s. 335 f.; Mattsson, 2014, s. 587 f.; Josefsson, 2015, s. 40 f.

[23] Wersäll, 2014(1), s. 1.

[24] Se t.ex. Wiklund, 2014(2), s. 335; Kleineman, 2014/2015, s. 495; Josefsson, 2015, s. 40; Derlén och Lindholm, 2016, s. 143.

[25] Se t.ex. Sterzel, 2009, s. 15 f., för en övergripande redogörelse för den svenska författningens utveckling efter 1809 års regeringsform. Jfr även Hirschl, 2011, s. 449–452; Bell, 2006, s. 234.

[26] Se Derlén, Lindholm och Naarttijärvi, 2025, s. 56–59, med vidare hänvisningar. Konstitutionell pluralism kan kortfattat beskrivas som ett synsätt innebärande att den konstitutionella rätten kan bestå av flera parallella rättsordningar, se Walker, 2002, s. 337.

[27] Se Lindholm, Derlén och Naurin, 2025, s. 129.

förändringarna som Sverige genomgått utgjort en motivation till att undersöka underrättsdomarens rättstillämpande roll och dess förhållande till den nationella lagstiftaren.[28]

Att det är underrättsdomarens roll som undersöks i denna studie grundar sig främst på att underrättsdomaren generellt är en aktör som sällan får särskilt stor uppmärksamhet i den rättsvetenskapliga forskningen eller i den mer allmänna diskussionen om den svenska domarrollen.[29] Som ett resultat vet vi mycket lite om domarens rättstillämpande roll i våra underrätter.

Det kan också tilläggas att även om det är Högsta domstolens roll som har fått mest uppmärksamhet i diskussionen om den svenska domarrollen, finns det också inlägg som omfattar underrätterna och domarna verksamma där. Det har bland annat gjorts uttalanden om en ökad domstolsmakt och en förändrad domarroll utan att någon distinktion görs mellan vare sig domstolsinstanser eller domstolsslag.[30] Det har även ifrågasatts i vilken utsträckning som den svenska underrättsdomaren har påverkats av och införlivat en ökad domarmakt.[31]

Bristen på kunskap om underrättsdomarens rättstillämpande roll framstår som särskilt beklaglig mot bakgrund av att underrättsdomaren fått en allt viktigare ställning i och med rättskipningens förskjutning till underrätt. Utgångspunkten idag är att tyngdpunkten i rättskipningen ska ligga i första instans.[32] Det har därför genomförts ett flertal reformer i syfte att stärka underrätternas ställning som kvalificerad första instans. Dessa reformer har bland annat tagit sikte på tingsrätternas organisation, resurser och sammansättning, men även begränsningar av möjligheterna till en ny fullständig hovrättsprövning.[33]

Även instansordningen för de allmänna förvaltningsdomstolarna har reformerats successivt sedan 1990-talet genom att mål flyttats ned från kammarrätt till förvaltningsrätt som första instans.[34] Numera är förvaltningsrätten första instans för i stort sett alla överklagbara beslut av förvaltningsmyndigheter.[35] Genom att systemet med prövningstillstånd för

[28] Se vidare kapitel 2.

[29] Det finns dock forskning om den svenska domarens roll i allmänhet där domaren i tings- och förvaltningsrätten har ingått, mer om detta i avsnitt 1.3.

[30] Se t.ex. Wersäll, 2018, s. 47 f.; Eka, 2014, s. 369 f.; Heckscher, 2014, s. 409 f.

[31] Wiklund, 2014(1), s. 478.

[32] Prop. 2007/08:139, s. 21; prop. 2004/05:131, s. 82; prop. 1992/93:216, s. 28.

[33] Se Eklycke, 2014, s. 165. Se även prop. 2007/08:139; prop. 2004/05:131; prop. 1992/93:216, s. 28.

[34] Se prop. 2012/13:45; prop. 1995/96:22; prop. 1994/95:27; prop. 1993/94:133.

[35] Prop. 2012/13:45, s. 80.

överklaganden av avgöranden från förvaltningsrätt till kammarrätt har utvidgats har även förvaltningsrättens roll för förvaltningsrättskipningen stärkts.[36]

Domstolsstatistik visar dessutom att en övervägande majoritet av målen som avgörs av underrätterna inte överklagas till en högre instans och således får sin enda prövning av domare i underrätt.[37] Statistiken bekräftar härmed att idén om att rättskipningens tyngdpunkt ska ligga i första instans inte endast är en målsättning, utan också utgör en realitet. Underrättsdomarens rättstillämpande roll utgör härmed en stor och central del av den svenska domarens rättstillämpande roll i det konstitutionella systemet, varför den och dess förhållande till den nationella lagstiftaren förtjänar att belysas.

Mot bakgrund av det ovan anförda kan sammantaget konstateras att underrättsdomarens rättstillämpande roll i det svenska konstitutionella systemet präglas av komplexitet. Den skrivna konstitutionella rätten ger endast begränsad vägledning beträffande rollens närmare innebörd och dess förhållande till den nationella lagstiftaren, samtidigt som rättstillämpningen i praktiken förutsätter att domaren tar ställning i situationer där exempelvis rättsstatliga principer och demokratiska principer kan komma i konflikt.

Trots detta saknas i stor utsträckning kunskap om hur underrättsdomare själva förstår och föreställer sig sin rättstillämpande roll och dess relation till den nationella lagstiftaren.[38] Avsaknaden av kunskap om underrättsdomares rollföreställningar är beklaglig, eftersom dessa föreställningar kan antas ha betydelse för hur rätten tolkas och tillämpas i underrätterna samt i förlängningen även kan bidra till en fördjupad förståelse för de svenska domstolarnas position i det konstitutionella systemet.

Det föreligger härmed en rättsvetenskaplig kunskapslucka, rörande hur underrättsdomarens rättstillämpande roll och dess förhållande till den nationella lagstiftaren förstås av dem som praktiserar rollen, som bör belysas. Denna studie syftar till att göra just detta.

1.2 Studiens syfte, avgränsningar och övergripande design

Studiens övergripande syfte är att belysa och fördjupa förståelsen av underrättsdomares föreställningar om sin rättstillämpande roll i det svenska konstitutionella systemet, med särskilt fokus på rollens förhållande till den nationella lagstiftaren. Det övergripande syftet har brutits ned till tre delsyften.

[36] Jfr prop. 2012/13:45, s. 78.

[37] Domstolsverket, domstolsstatistik 2024, s. 32 och s. 49.

[38] Se vidare avsnitt 1.3.

Det första delsyftet består av att undersöka olika föreställningar om den rättstillämpande rollen och dess förhållande till den nationella lagstiftaren som underrättsdomare verksamma i Sverige ger uttryck för, samt att konstruera olika rättstillämpande roller som illustrerar dessa rollföreställningar.

Det andra delsyftet består av att analysera rollföreställningarna i relation till institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar samt till tidigare diskussioner om den svenska domarrollen, som rollföreställningarna kan aktualisera. Analysen syftar till att belysa och fördjupa förståelsen av hur rollföreställningarna kan begripliggöras och ges mening utifrån nämnda sammanhang.

Det tredje delsyftet består av att jämföra de olika rollföreställningarna och analysera likheter, skillnader och eventuella motsättningar mellan dem. Jämförelsen och analysen syftar till att belysa och fördjupa förståelsen av rollföreställningarnas inbördes variationer och relationer.

Tillsammans ger delsyftena en analytisk progression från konstruktion och analys av rollföreställningar till en jämförande syntes, vilket möjliggör en gradvis fördjupad förståelse och nyanserad bild av hur underrättsdomarens rättstillämpande roll och dess relation till den nationella lagstiftaren kan förstås av dem som praktiserar rollen.

1.2.1 Det första delsyftet

Studieobjektet i studien är underrättsdomares föreställningar om sin rättstillämpande roll och dess förhållande till den nationella lagstiftaren. I studien avser begreppet underrättsdomaren endast den lagfarne ordinarie domaren som är verksam i underrätt.[39]

Valet att fokusera på underrättsdomarens rättstillämpande roll, och inte till exempel den rättskipande eller dömande rollen, följer av att den rättstillämpande rollen på ett tydligare sätt relaterar till domarens förhållande till den nationella lagstiftaren i det konstitutionella systemet. Medan begreppen rättskipning och dömande enligt min uppfattning snarare avser domarens funktion att avgöra rättsliga tvister mellan parter, och således mer fokuserar på slutresultatet av en rättsprocess i domstol och domarens funktion i förhållande till parterna i processen, avser rättstillämpningsbegreppet i stället den process inom vilken

[39] Se vidare avsnitt 1.4.1 för en närmare redogörelse för vad som i studien avses med aktörsbegreppet underrättsdomaren.

domaren måste ta ställning till och tillämpa rätten.[40] Det är genom denna process, som sedermera leder fram till själva rättskipningen eller dömandet, som underrättsdomarens förhållande till den nationella lagstiftaren tydligast kommer till uttryck.

Det är svårt att inledningsvis konkretisera vad som avses med underrättsdomarens rättstillämpande roll i studien, eftersom studiens övergripande syfte består av att just belysa olika föreställningar om denna roll. Av den anledningen kommer jag här endast ge en förhållandevis öppen definition. Denna definition är att underrättsdomarens rättstillämpande roll i studien avser den konstitutionella roll som underrättsdomaren utövar när hen tillämpar gällande rätt på ett konkret fall.[41]

Att jag betraktar den rättstillämpande rollen som en konstitutionell roll innebär att jag ser underrättsdomarens utförande av rollen som ett utövande av offentlig makt.[42] Detta gäller oavsett om rättstillämpningen innefattar en mer långtgående tolkning och konkretisering av rättsliga normer eller om den i huvudsak består av att tillämpa och genomdriva lagstiftning i enlighet med dess ordalydelse. Även i det senare fallet innebär rättstillämpningen att staten, genom underrättsdomaren, ingriper i enskildas rättssfär genom att ge rätten en konkret tillämpning i det enskilda fallet.

Vidare utgår jag från att det kan finnas olika uppfattningar eller föreställningar om den närmare innebörden av underrättsdomarens rättstillämpande roll. Exempelvis föreställer jag mig att det kan finnas olika uppfattningar om vad begreppet ”tillämpar” innebär; är det till exempel frågan om en mekanisk verksamhet där underrättsdomaren genom subsumtion enkelt inordnar en språklig beskrivning av ett händelseförlopp under en på förhand formulerad rättsregel, eller innefattar tillämpning alltid någon form av tolkning och konkretisering av rättsliga normer?[43] Hur underrättsdomare själva föreställer sig den närmare innebörden av den rättstillämpande rollen, i det sammanhang som här är aktuellt, belyser denna studie.

[40] Jfr Strömholm, Lyles och Valguarnera, 2020, s. 419 f., där begreppet rättstillämpning syftar på den process inom vilken domaren tolkar, väger och tillämpar rättsliga normer. Jfr även Frändberg, 2005(1), s. 53 f.; Peczenik, 1995, s. 289 f.; Ahlander, 1952; s. 9 f.

[41] Denna definition säger i sig inget om vad som avses med begreppet ”tillämpar” eller vad som ingår i ”gällande rätt”. Av den anledningen betraktar jag definitionen som förhållandevis öppen. För en närmare diskussion om vad som avses med begreppet rättstillämpning, se t.ex. Strömholm, Lyles och Valguarnera, 2020, s. 419 f. med hänvisningar.

[42] Jfr 1 kap. 1 § RF tillsammans med 1 kap. 8 § RF; Bull och Sterzel, 2023, s. 46. För vidare läsning se Derlén, Lindholm och Naarttijärvi, 2025, s. 141–142 med hänvisningar.

[43] Jfr Strömholm, Lyles och Valguarnera, 2020, s. 419–420.

Viss konkretisering av studieobjektet följer dock av att det är den rättstillämpande rollen och dess förhållande till den nationella lagstiftaren som studeras.[44] Denna konkretisering utgör en avgränsning av studieobjektet, i den meningen att det är rollens position i förhållande till den nationella lagstiftaren i det konstitutionella systemet som undersöks, och inte exempelvis rollens förhållande till enskilda parter. Härmed följer att studien är särskilt inriktad på den grundläggande konstitutionella frågan om maktdelningen mellan den dömande och den lagstiftande makten.[45] Detta innebär att vissa frågor särskilt aktualiseras i studien. Frågorna kan exempelvis röra hur underrättsdomaren tolkar och tillämpar rätt som skapats av den nationella lagstiftaren, eller hur underrättsdomaren betraktar sin självständighet i förhållande till lagstiftaren och sitt utrymme att kontrollera denne.

I studien har jag valt att fokusera på föreställningar om den rättstillämpande rollen och dess förhållande till den nationella lagstiftaren som verksamma underrättsdomare i Sverige ger uttryck för. Angreppssättet bygger på grundtanken att underrättsdomare bär på en mängd föreställningar beträffande underrättsdomarens roll och funktion i det konstitutionella systemet. Dessa föreställningar utgör en form av tyst kunskap som svårligen kan tas del av på annat sätt än genom att prata med underrättsdomarna själva.[46] För att undersöka och ta del av föreställningarna baseras denna studie därför på intervjudata som samlas in genom intervjuer med underrättsdomare.

Valet att fokusera på föreställningar som underrättsdomare ger uttryck för motiveras även av att dessa föreställningar ger en inblick i hur den rättstillämpande rollen kan förstås av dem som utövar den i praktiken. Delsyftet består härmed inte av att fastställa hur underrättsdomare i praktiken utövar sin rättstillämpande roll och i studien undersöks inte heller om föreställningarna återspeglar hur underrättsdomarna praktiskt agerar i konkreta rättstillämpningssituationer. Däremot har antagandet att föreställningarna kan ha en påverkan på hur underrättsdomare utövar sin roll motiverat att det är just underrättsdomares föreställningar som är i centrum för studien.[47] Att studien

[44] Vad som avses med den nationella lagstiftaren diskuteras i avsnitt 1.4.2.

[45] Jfr Derlén, Lindholm och Naarttijärvi, 2025, s. 29; Jonsson Cornell, 2020, s. 17.

[46] Se Ställvik, 2009, s. 199, med vidare hänvisning.

[47] Föreställningarna betraktas som en del av underrättsdomarnas *habitus* som kan påverka deras praktiska agerande, se t.ex. Bourdieu, 1977, s. 72–73 och 78–79; Bourdieu, 1992, s. 52 f. Med habitus avses här, i linje med Bourdieu, förenklat ett system av varaktiga och överförbara dispositioner som formas genom socialisering och som påverkar hur aktörer uppfattar, värderar och agerar i praktiken. Se även Bourdieu, 1987, s. 814–853, där Bourdieu för en diskussion om rätten som ett socialt fält där rättsliga aktörer bland annat agerar utifrån habitus.

studerar rollföreställningar innebär således inte att dessa betraktas som irrelevanta i förhållande till praktik. Tvärtom antas att föreställningarna utgör en central del av hur rättstillämpning kan förstås, motiveras och legitimeras av underrättsdomare själva, vilket kan påverka hur underrättsdomare praktiserar rollen.

Som teoretisk ingång för att undersöka olika föreställningar om underrättsdomarens rättstillämpande roll och dess förhållande till den nationella lagstiftaren används ett teoretiskt verktyg som utvecklas närmare i avsnitt 3.3. Kortfattat bygger verktyget på antagandet att underrättsdomares uppfattningar, värderingar och reflektioner i förhållande till olika rättskällor samt hur den rättstillämpande rollen ska, bör, kan eller inte får utföras kan ge uttryck för olika föreställningar om den rättstillämpande rollens innebörd. Verktyget används som underlag för att formulera den intervjuguide som intervjuerna med underrättsdomare utgår ifrån, men även som ett analyshjälpmedel vid tolkningen och kodningen av insamlade intervjudata.

Mot bakgrund av den insamlade intervjudatan konstrueras i sin tur olika rättstillämpande roller som avser att illustrera de rollföreställningar som där kommer till uttryck. Konstruerandet av rollerna sker genom en tematisk analys av den insamlade intervjudatan, i syfte att uttolka återkommande meningsmönster och centrala skillnader i hur den rättstillämpande rollen kan förstås. De konstruerade rollerna utgör således inte beskrivningar av faktiska eller entydiga roller som enskilda underrättsdomare intar i praktiken, utan utgör empiridrivna teoretiska konstruktioner som sammanfattar och synliggör variationen i de föreställningar som kommer till uttryck i den insamlade intervjudatan. En och samma underrättsdomare kan därför ge uttryck för föreställningar som relaterar till flera roller.[48]

1.2.2 Det andra delsyftet

Det andra delsyftet består av att analysera de rollföreställningar som konstrueras inom ramen för det första delsyftet, i relation till institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar samt till tidigare diskussioner om den svenska domarrollen som rollföreställningarna kan aktualisera.

Syftet med analysen är att belysa och fördjupa förståelsen av hur rollföreställningarna kan begripliggöras och ges mening genom att placera dem i ett bredare sammanhang. Delsyftet avser således inte att identifiera kausala förklaringar till de olika rollföreställningarna, att redogöra för gällande rätt eller

[48] Se vidare avsnitt 3.4.2.

normativt utvärdera rollföreställningarna. Avsikten är i stället att utifrån analysen diskutera hur föreställningarna kan förstås och ges mening utifrån vissa institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar samt uppfattningar om den svenska domarrollen, som kommit till uttryck i juridisk litteratur och andra rättsliga forum.

Att analysen sker i relation till institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar samt till tidigare diskussioner om den svenska domarrollen *som rollföreställningarna kan aktualisera* innebär att analysen är empiridriven. Härmed avses att de institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar samt de uppfattningar om den svenska domarrollen som tas upp i analysen följer av vad som framkommer i den insamlade intervjudatan. De förutsättningar eller diskussionsinlägg som tas upp i analysen är således inte bestämda på förhand eller uttömmande, utan följer av vad som utifrån min tolkning av intervjudatan och i relation till studiens övergripande syfte framstår som relevanta att ta upp.

1.2.3 Det tredje delsyftet

Det tredje delsyftet består som tidigare beskrivits av att jämföra de olika rollföreställningarna och analysera likheter, skillnader och eventuella motsättningar mellan dem. Delsyftet tar härmed utgångspunkt i att det kan finnas underliggande likheter, skillnader och motsättningar mellan olika föreställningar om den rättstillämpande rollens innebörd.

Exempelvis utgår jag från att olika föreställningar om den rättstillämpande rollen kan vila på eller relateras till olika rättsteoretiska uppfattningar. Med rättsteoretiska uppfattningar avses här olika uppfattningar om rätten och dess natur. Det kan till exempel handla om uppfattningar om vad rätten huvudsakligen består av, rättens enhetlighet eller rättens fullkomlighet.

Genom att analysera likheter, skillnader och motsättningar mellan rollföreställningarna kan den inre variationen i underrättsdomares föreställningar om den rättstillämpande rollen synliggöras och förståelsen för föreställningarnas inbördes relationer fördjupas.

1.3 Forskningsläge och kunskapsbidrag

Studiens syfte har inte varit föremål för tidigare forskning inom rättsvetenskapen eller någon annan vetenskaplig disciplin. Studien tangerar dock ett övergripande tema som berörts i tidigare forskning inom både rättsvetenskap och andra vetenskapliga discipliner i Sverige. I kommande avsnitt följer en översiktlig

redogörelse för denna forskning och hur studien förhåller sig till den, följt av en beskrivning av studiens närmare kunskapsbidrag.

1.3.1 Tidigare forskning och diskussioner

På ett övergripande plan berör studien ett tema inom den rättsvetenskapliga forskningen som behandlar domarrollen och domstolarnas roll i det svenska konstitutionella systemet. Studien fokuserar på svenska underrättsdomares föreställningar om den rättstillämpande rollen inom ramen för det svenska konstitutionella systemet. Mot bakgrund av studiens fokus på hur rollen förstås och ges mening i en specifik nationell och konstitutionell kontext, är forskningsbidrag som rör svenska domare, svenska domstolar och det svenska konstitutionella systemet av primär relevans. Internationell forskning som på olika sätt rör temat domstolars och domares roll utanför en svensk kontext behandlas därför inte i någon större utsträckning.[49]

Inledningsvis presenteras ett antal bidrag inom den konstitutionellt inriktade rättsvetenskapliga forskningen som behandlar domstolarnas och domarnas roll i det svenska konstitutionella systemet, eftersom dessa bidrag ligger närmast ämnet i denna studie.[50] Det forskningsbidrag som bör ligga allra närmast föreliggande studie, såtillvida att författaren också genomfört kvalitativa intervjuer med verksamma domare i syfte att ta del av deras syn på den egna yrkesrollen, är avhandlingen *Domarrollen. Rättsregler, yrkeskultur och ideal* av Olof Wilske[51] från år 2009. Wilske studerar i sin avhandling hur rättsliga regler och andra förutsättningar som omger domare kan påverka domares beteende och självuppfattningar i fråga om deras självständighet.[52] Till skillnad från Wilskes studie, som tar sin utgångspunkt i domarens självständighet och de rättsliga och

[49] Det kan dock nämnas att den internationella forskningen på temat är omfattande. För den som är intresserad av internationella forskningsbidrag kan jag bland annat hänvisa till McIntyre, 2019; Sunstein, 2015; Cappelletti, 1989.

[50] Det kan även nämnas att det för närvarande även pågår fler forskningsprojekt som berör domstolarnas och domarnas roll i det svenska konstitutionella systemet. Bl.a. inleddes det ett doktorandprojekt under januari 2022 av Sara Holmström vid Uppsala universitet som handlar om den svenska domarens självständighet, se Uppsala universitet [https://www.uu.se/kontakt-och-organisation/personal?query=N20-33] hämtad 2026-02-18. Vid Göteborgs universitet pågår sedan 2023 även ett forskningsprojekt med titeln *Domarens autonomi i teori och praktik – för domstolens självständighet och oberoende* som genomförs av Moa Bladini, Wanna Svedberg Andersson och Sara Uhnoo, se Göteborgs universitet, [https://www.gu.se/forskning/domarens-autonomi-i-teori-och-praktik-for-domstolens-sjalvstandighet-och-oberoende] hämtad 2026-02-18.

[51] Tidigare Olof Ställvik.

[52] Se Ställvik, 2009, s. 17–22.

professionella förutsättningar som omger domarrollen generellt, fokuserar denna studie specifikt på hur underrättsdomare förstår sin rättstillämpande roll i förhållande till den nationella lagstiftaren. Studien kompletterar därmed Wilskes arbete genom att belysa en annan aspekt av domarrollen och genom ett mer avgränsat studieobjekt.

Ett annat konstitutionellt inriktat forskningsbidrag är Mattias Derléns, Johan Lindholms och Daniel Naurins forskningsprojekt med titeln *Domstolsmakt och makt över domstolar: En tvärvetenskaplig granskning av domarrollen i förändring*. Det övergripande syftet med projektet var att studera de svenska domstolarnas roll i förhållande till politiska aktörer.[53] Inom ramen för projektet har exempelvis en artikel publicerats, i vilken konstitutionellt relevanta aspekter av domares rättstillämpande roll belyses genom en empirisk analys av domares rättskällebruk. Författarna utvecklar där en teori om domares rättsliga argumentation med fokus på valet av auktoritativa rättskällor, baserat på ett stort antal avgöranden från Högsta domstolen.[54] Artikeln är bland annat relevant för utvecklandet av det teoretiska verktyget i denna studie, vars innehåll redogörs för i avsnitt 3.3.

Andra konstitutionellt inriktade forskningsbidrag, som dock inte ligger lika nära studien i denna avhandling, men som också berör domarrollen och domstolarnas roll i det svenska konstitutionella systemet kretsar framför allt kring de svenska domarnas och domstolarnas konstitutionellt kritiska dömande. Här kan bland annat Martin Sunnqvists avhandling *Konstitutionellt kritiskt dömande. Förändringen av nordiska domares attityder under två sekel* från år 2014 nämnas. Med konstitutionellt kritiskt dömande avser Sunnqvist den uppgift som domare har att kritiskt granska lagars förenlighet med konstitutionella normer och andra överordnade rättskällor. Detta innefattar bland annat normprövning, men också när domare kritiskt granskar lagars förenlighet med exempelvis allmänna rättsprinciper.[55] Sunnqvists avhandling syftar till att analysera domarattityder och spänningen mellan domarens konstitutionellt kritiska dömande samt lagstiftarlojalitet, utifrån ett komparativt rättshistoriskt perspektiv.[56]

Till skillnad från Sunnqvists studie, som bland annat bygger på analyser av historiska domstolsavgöranden, baseras föreliggande studie på intervjudata från idag verksamma underrättsdomare. Medan Sunnqvist primärt fokuserar på

[53] Projektperiod: 2019-01-01–2022-12-31. Se bl.a. följande publikationer inom projektet: Lindholm, Derlén och Naurin, 2025, s. 121–141; Lindholm, Derlén och Naurin, 2022, s. 397–431. Umeå universitet, [https://www.umu.se/forskning/projekt/domstolsmakt-och-makt-over-domstolar-en-tvarvetenskaplig-granskning-av-domarrollen-i-forandring/] hämtad 2026-02-18.

[54] Lindholm, Derlén och Naurin, 2025, s. 121–141.

[55] Se Sunnqvist, 2014, s. 35–37.

[56] Sunnqvist, 2014, s. 37.

spänningen mellan konstitutionellt kritiskt dömande och lagstiftarlojalitet analyseras i denna studie underrättsdomares resonemang beträffande olika rättskällor samt hur den rättstillämpande rollen kan, bör eller inte får utföras, i syfte att undersöka underrättsdomares föreställningar om den rättstillämpande rollen. Härigenom kompletterar denna studie Sunnqvists genom att ge en empiriskt förankrad bild av hur underrättsdomare idag kan uppfatta sin roll i det svenska konstitutionella systemet, och med ett bredare perspektiv än det strikt konstitutionellt kritiska dömandet.

Ytterligare exempel på forskningsbidrag som behandlat domstolarnas konstitutionellt kritiska dömande och specifikt normprövning är Joakim Negerlius avhandling, *Konstitutionellt rättighetsskydd. Svensk rätt i ett komparativt perspektiv* från år 1996 samt Karin Åhmans monografi, *Normprövning. Domstols kontroll av svensk lags förenlighet med regeringsformen och Europarätten 2000–2010,* från år 2011. Domstolarnas normprövning utgör en central aspekt av domarnas och domstolarnas roll i det konstitutionella systemet, men utgör samtidigt en begränsad del av domarnas vardag. Utöver att särskilt fokusera på underrättsdomarens roll kompletterar denna studie den forskning som främst fokuserat på normprövning även genom att bredda perspektivet och undersöka hur underrättsdomare kan uppfatta den rättstillämpande rollen utifrån ett bredare teoretiskt angreppsätt, där underrättsdomares resonemang om olika rättskällor och vad de anser att rollen kan, bör eller inte får omfatta analyseras.

De svenska domstolarnas roll i det konstitutionella systemet har även varit delföremål för komparativa studier. Exempelvis kan en artikel från år 2023 författad av Anna Wallerman Ghavanini, Gunnar Grendstad och Johan Karlsson Schaffer nämnas. Artikeln utgör en komparativ analys av de högsta domstolarna i Skandinavien och de regelverk som reglerar domstolarnas normprövningsrätt och institutionella förutsättningar.[57]

Utöver den mer konstitutionellt inriktade forskningen som hittills presenterats finns det även rättsvetenskapliga forskningsbidrag inom andra rättsområden som bidrar med kunskap som kan informera om domarrollen eller domstolarnas roll

[57] Wallerman Ghavanini, Grendstad och Karlsson Schaffer, 2023, s. 770–797. Även Filippo Valguarnera har i en artikel från 2015, *Judicial Policymaking in Sweden: A Comparative Perspective,* studerat de svenska domstolarnas rättsskapande verksamhet utifrån ett komparativt perspektiv. Ett annat komparativt bidrag som inkluderar de svenska domstolarna är Robert Kessels monografi *Die Kontrolldichte der Normenkontrolle in Skandinavien aus deutscher Sicht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung der richterlichen Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen in Dänemark, Norwegen und Schweden,* från 2011. Studien utgör en komparativ undersökning av domstolarnas normprövning i Skandinavien i jämförelse med Tyskland. Se även Johan Bells monografi *Judiciaries within Europe. A Comparative Review* från 2006, där de svenska domarnas karriär och roll är föremål för komparativa studier.

i det svenska konstitutionella systemet. Här kan bland annat ett flertal bidrag inom den svenska processrättsliga forskningen nämnas. Exempelvis studerar Moa Bladini i sin avhandling *I objektivitetens sken – en kritisk granskning av objektivitetsideal, objektivitetsanspråk och legitimeringsstrategier i diskurser om dömande i brottmål* från år 2013, objektivitetsanspråk och legitimeringsstrategier i brottmålsdomar. I Bladinis avhandling undersöks domarrollen bland annat utifrån frågan om domares självrepresentation i konstruktionen av objektivitet, men berör inte explicit domarens roll i det konstitutionella systemet.[58] Avhandlingen kan dock sägas bidra med insikter som även är relevanta för att förstå domarens roll i det konstitutionella systemet, eftersom domarens objektivitet kan betraktas som grundläggande för domarens konstitutionella funktioner och legitimitet.[59]

Andra forskningsbidrag inom den processrättsliga forskningen som bör nämnas är exempelvis Patrik Södergrens avhandling *Vem dömer i gråzonen? Domstolsprövning i gränslandet mellan offentlig rätt och privaträtt* från år 2009, där bland annat domstolarnas roll i den demokratiska rättsstaten diskuteras.[60] Ytterligare ett namn som kan nämnas i sammanhanget är Per Henrik Lindblom som i ett antal artiklar berör domstolarnas samhällsroll och domstolsprocessens funktioner.[61] Även Anna Nylund bidrar bland annat i en artikel från år 2023 med kunskap som är av relevans för temat. I artikeln analyseras hur rättsideologiska föreställningar om civilprocessens funktion i Skandinavien formar hur rättsstatens värden förverkligas genom domstolsförfaranden.[62] Avslutningsvis kan Gunnar Bergholtz nämnas som genom sin avhandling, *Ratio et Auctoritas. Ett komparativrättsligt bidrag till frågan om domsmotiveringens betydelse i främst tvistemål* från år 1987, bidrar med kunskap om domstolarnas roll i det konstitutionella systemet genom att bland annat belysa domskälens funktioner.[63] Inget av dessa bidrag fokuserar emellertid särskilt på underrättsdomarens rättstillämpande roll.

Ett annat rättsvetenskapligt forskningsfält som bidrar med kunskap om domarrollen och domstolarnas roll i det konstitutionella systemet är den rättshistoriska forskningen. Här bör framför allt Kjell Å. Modéer nämnas som i ett flertal texter av olika slag behandlar domarrollen samt rätts- och

[58] Se Bladini, 2013, s. 23.

[59] Se Bladini, 2013, s. 375–376.

[60] Södergren, 2009, s. 141–155.

[61] Se t.ex. Lindblom, 2004, s. 229–262; Lindblom, 2002, s. 625–633; Lindblom, 1997, s. 593–632.

[62] Nylund, 2023, s. 122 f. Se även Nylunds bidrag The Past, Present and Future of Nordic Courts i antologin *Rethinking Nordic Courts* från 2021.

[63] Bergholtz, 1987, s. 352 f.

domarkulturen i en rättshistorisk kontext.[64] Modéers bidrag behandlar inte heller specifikt underrättsdomarens roll i någon större utsträckning. Däremot bidrar de, inom ramen för denna studie, till en del av min förförståelse om den svenska domarrollen och hur olika utvecklingstendenser i rollen tidigare har beskrivits.

Utöver den rättsvetenskapliga forskningen behandlas domarrollen och domstolarnas roll även inom ramen för mer tvärvetenskapliga ansatser och andra vetenskapliga discipliner. Inom det rättsociologiska fältet kan särskilt Lotti Ryberg nämnas som inom ramen för en licentiatexamen har presenterat en rapport med namnet *Domarkarriären* från år 1988. I rapporten, som huvudsakligen behandlar domarkarriären, dras bland annat några generella slutsatser om domarrollen och dess förhållande till den övriga statsmakten.[65]

Inom ramen för det tvärvetenskapliga forskningsfältet Law and Emotions bidrar bland annat sociologerna Stina Bergman Blixt och Åsa Wettergren med forskning angående emotioner i domstol. Denna forskning bidrar till en ytterligare förståelse för domarrollen och dess förhållande till känslor samt objektivitet i beslutsfattandet.[66]

Domstolarnas roll är även föremål för forskning inom den statsvetenskapliga disciplinen genom bland annat Jonas Nordqvist avhandling *Domstolar i det svenska politiska systemet. Om demokrati, juridik och politik under 1900-talet* från år 2001. I avhandlingen studerar Nordqvist auktoritativa föreställningar om domstolarnas roll och organisering i det politiska systemet under 1900-talet, utifrån en analys av Statens offentliga utredningar (SOU:er) och utredningar som publicerats i departementsserien. Föreställningarna relateras även till demokratiteoretiska synsätt.[67]

En annan statsvetare som berör domstolarnas roll i sin forskning är Karin Leijon vars avhandling, *National Courts as Gatekeepers in European Integration: Examining the Choices National Courts Make in the Preliminary Ruling Procedure* från år 2018, syftar till att belysa förståelsen för de nationella domstolarnas roll som kontrollant av EU-rättens integration i nationell rätt.[68] Leijon berör även domstolarnas roll i andra publikationer. Exempelvis undersöker Leijon i en

[64] Se t.ex. Modéer, 2009; Modéer i SOU 1994:99, Del B, bilaga 20; Modéer, 1987, s. 248–268; Modéer, 1982, s. 11–27.

[65] Ryberg, 1988, s. 144–145.

[66] Se t.ex. Bergman Blix och Wettergren, 2019, s. 726–746; Bergman Blix och Wettergren, 2016, s. 32–37.

[67] Se Nordqvist, 2001, s. 20 f.

[68] Se Leijon, 2018, s. 19.

artikel från år 2024, utifrån en intervjustudie, hur nationella domares resonemang i förhandsavgöranden kan variera.[69]

Utöver den tidigare forskning som redogjorts för här bör också nämnas att de svenska domstolarnas och domarnas roll har varit föremål för omfattande diskussioner i den juridiska litteraturen, där såväl rättsvetare som praktiskt verksamma jurister har deltagit.[70] Huvuddragen i de diskussioner som förts sedan mitten av 1990-talet redogörs för i avsnitt 2.4, eftersom de utgör en central del av den kontextuella bakgrunden till denna studie. Sammantaget kan sägas att dessa diskussioner karaktäriseras av resonemang och uppfattningar om domarrollens innehåll samt förändringar. Det är dock återkommande att diskussionerna mer vilar på allmänna iakttagelser och normativa analyser, snarare än systematiska och empiriska undersökningar.

Sammanfattningsvis finns det flera tidigare forskningsbidrag och diskussioner som på olika sätt berör det övergripande temat domarrollen och domstolarnas roll i det svenska konstitutionella systemet. Inget av de tidigare forskningsbidragen eller diskussionerna behandlar dock särskilt underrättsdomarens rättstillämpande roll och dess förhållande till den nationella lagstiftaren, utifrån det teoretiska angreppsätt och metoder som används i denna studie. De tidigare forskningsbidragen och diskussionerna utgör dock en inspiration till denna studie och ett underlag för att rama in den kunskapslucka som idag finns beträffande underrättsdomarens rättstillämpande roll. Härmed utgör dessa bidrag även en del av den förförståelse och kunskapsbas som jag tar med mig till genomförandet av den empiridrivna analysen i studiens andra delsyfte.

[69] Leijon, 2024(1), s. 468–486. Se även Leijon, 2024(2), s. 191–209.

[70] Det har bl.a. publicerats ett flertal artiklar i *Svensk juristtidning*, se t.ex. *Svensk juristtidning,* häfte 3, 2004 som innehåller flera artiklar som berör ämnet; Wersäll, 2014(1), s. 1–8; Fura, 2014, s. 101–104; Wiklund, 2014(2), s. 335–347; Mattson, 2014, s. 587–596; Lerwall, 2014, s. 597–610; Sunnqvist, 2016, s. 436–446; Wersäll, 2017, s. 1–8; Eka, 2019, s. 348–353; Lysén, 2020, s. 605–629; Perklev, 2022, s. 474–482; Mellqvist, 2023(1), s. 88–107; Roos, 2025, s. 75–76; m.fl. Ämnet har även varit under behandling i andra juridiska tidskrifter, se t.ex Bull, 1999/2000, s. 794–807; Bull, 2000/2001, s. 26–47; Kleineman, 2014/2015, s. 495–527. Domarrollen och domstolarnas roll har även berörts i flera artikelbidrag i jubileumsskriften *Svea hovrätt 400 år,* se t.ex. Heckscher, 2014, s. 409–418; Melin, 2014, s. 429–442; Wiklund, 2014(1), s. 476–488 m.fl. Härutöver kan även några tidigare exempel på inlägg som berört domstolarnas eller domarnas roll nämnas, se t.ex. Undén, 1956, s. 260–263; Grotander, 1977, s. 69–79; Bengtsson, 1987, s. 229–247; Lagerbjelke, 1996; Eriksson, 1998, s. 99–115.

1.3.2 Kunskapsbidrag

Som redogörelsen i föregående avsnitt visar finns det flera forskningsbidrag som berör det övergripande temat i den studie som presenteras i denna avhandling. Inget av de tidigare forskningsbidragen studerar emellertid särskilt den svenska underrättsdomarens rättstillämpande roll utifrån underrättsdomarnas egna föreställningar om rollen. Övergripande bidrar denna studie därför med ny kunskap om hur underrättsdomare kan uppfatta och förstå sin rättstillämpande roll inom ramen för det svenska konstitutionella systemet. Studien bidrar härmed även med ytterligare kunskap om den svenska domarrollen och de svenska domstolarnas position i det konstitutionella systemet i mer generell bemärkelse.

Studiens huvudsakliga bidrag utgörs av de rollföreställningar som konstrueras inom ramen för det första delsyftet och som presenteras i avhandlingens Del II. Rollföreställningarna belyser olika föreställningar om underrättsdomarens rättstillämpande roll som samtida underrättsdomare ger uttryck för och att det kan finnas en variation av föreställningar. Härigenom visar studien att föreställningen om den rättstillämpande rollens innebörd inte behöver vara entydig och på en bredd av föreställningar som kan finnas inom ramen för det svenska konstitutionella systemet.

Mot bakgrund av att rollföreställningarna konstrueras utifrån en tematisk analys av insamlade intervjudata består kunskapsbidraget även av ett empiriskt underlag och en empiriskt grundad begreppsbildning, som kan ligga till grund för vidare forskning och diskussioner om den svenska domarrollen. Genom att utgå från underrättsdomares egna utsagor bidrar studien till att nyansera och konkretisera teoretiska och normativa föreställningar om den rättstillämpande rollen samt dess förhållande till den nationella lagstiftaren. Studien utgör härmed ett empiriskt förankrat komplement till mer normativa teorier och diskussioner.

Genom studiens andra och tredje delsyften bidrar studien med kunskap om hur rollföreställningarna och dess inbördes variationer och relationer kan förstås. Härtill illustrerar dessa delsyften hur de konstruerade rollföreställningarna kan användas som analytiska verktyg. Det andra delsyftet exemplifierar detta genom att rollföreställningarna analyseras i relation till vissa institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar samt till tidigare diskussioner om den svenska domarrollen, medan det tredje delsyftet visar hur jämförelser mellan rollföreställningarna kan bidra till en mer nyanserad förståelse av föreställningarnas inbördes variationer och relationer. Tillsammans bidrar dessa analyser således med kunskap om hur rollföreställningarna kan användas som analytiska verktyg i vidare forskning och som underlag till fortsatta diskussioner om den svenska domarrollen.

Den kunskap som studien bidrar med kan även vara till praktisk nytta för olika rättsliga aktörer. Genom att studien ger insikter i hur underrättsdomare kan uppfatta sin rättstillämpande roll och dess relation till den nationella lagstiftaren kan den exempelvis hjälpa underrättsdomare att reflektera över egna eller andras rollföreställningar, vilket kan vara ett underlag för självinsikt, diskussion underrättsdomare emellan samt praktisk rättstillämpning.

För den nationella lagstiftaren kan studien ge insikt om exempelvis hur lagstiftning och lagstiftningsprocessen kan uppfattas av underrättsdomare, vilket kan utgöra ett underlag inför framtida lagstiftningsprocesser.

För rättsvetenskapen, eller andra vetenskapliga discipliner med närliggande intresseområden, bidrar studien till teoriutveckling genom empiridriven begreppsbildning som kan ligga till grund för fortsatt forskning. Genom att studien kombinerar kvalitativa intervjuer och tematisk analys kan studien även utgöra ett generellt bidrag till utvecklingen av rättsvetenskapens teori och metod.

1.4 Vissa definitioner

I detta avsnitt presenteras vad som i studien avses med aktörsbegreppen *underrättsdomaren* och *den nationella lagstiftaren*. Andra begrepp som används i studien definieras löpande i avhandlingen.

Underrättsdomaren utgör en central del av studieobjektet i studien. Det finns därför anledning att närmare redogöra för vad som avses med begreppet. Härutöver syftar redogörelsen om underrättsdomaren till att introducera vilka domare som är verksamma i underrätterna och hur vägen till att bli ordinarie lagfaren underrättsdomare kan se ut, för de läsare som inte har närmare kännedom om det svenska domstolsväsendet.

Den nationella lagstiftaren utgör inte en del av studiens direkta studieobjekt på motsvarande sätt som underrättsdomaren gör. Studien syftar exempelvis inte primärt till att undersöka den nationella lagstiftarens roll eller föreställningar som kan finnas om denna. Däremot utgör begreppet en del av preciseringen eller avgränsningen av studieobjektet. Av den anledningen bör något även sägas om hur detta begrepp definieras i studien.

1.4.1 Underrättsdomaren

Som tidigare nämnts avser begreppet underrättsdomaren i denna studie endast den lagfarne ordinarie domaren som är verksam i underrätt.[71] Det finns dock fler typer av domare som är verksamma i underrätterna. En första distinktion kan göras mellan lagfarna och icke lagfarna domare. Lagfaren domare är den domare som är medborgare i Sverige och som har avlagt det kunskapsprov som krävs för att få behörighet till domarämbetet.[72] Det kunskapsprov som avses är svensk juristexamen eller jämförlig äldre examen, såsom juris kandidatexamen.[73]

Med icke lagfarna domare, så kallade lekmannadomare, avses domare som inte behöver ha avlagt det kunskapsprov som krävs för att en domare ska vara lagfaren.[74] En kategori av lekmannadomare som är vanligt förekommande i underrätternas sammansättning är nämndemän.[75]

Gruppen lagfarna domare består i sin tur av både ordinarie och icke ordinarie domare. Ordinarie domare utnämns av regeringen, anställs med fullmakt och har en särskild rättsställning enligt svensk grundlag.[76] Ordinarie domare i underrätt är lagmän, chefsrådmän och rådmän.[77] Utöver de ordinarie lagfarna domarna kan det i underrätterna också finnas assessorer, adjungerade råd, fiskaler och notarier.[78] Dessa är visserligen lagfarna domare, men är inte ordinarie domare. De utnämns inte av regeringen och har inte samma rättsliga ställning enligt grundlag som ordinarie domare har.[79]

Det är förvisso så att även icke ordinarie lagfarna domare dömer i underrätterna och att även lekmannadomare kan vara delaktiga i dömandet i underrätt. Avgränsningen till att endast undersöka den lagfarne ordinarie underrättsdomarens rättstillämpande roll följer dock av olika anledningar. Mot

[71] Som framgått redan i avsnitt 1.1 är det tings- och förvaltningsrätt som avses med begreppet underrätt i denna avhandling.

[72] 4 kap. 1 § 1 st. rättegångsbalken (RB).

[73] 1 § förordningen (2007:386) om kunskapsprov för behörighet som domare, m.m.

[74] Ekelöf m.fl., 2016, s. 117; Diesen, 1996, s. 14–15.

[75] Se 1 kap. 3 b § RB respektive 17 § lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar (LAFD). För vidare läsning om lekmannainslagen i domstolarna, se Ekelöf m.fl., 2016, s. 140 f.; Diesen, 1996.

[76] 11 kap. 6–10 §§ RF och 3 § lagen (1994:261) om fullmaktsanställning.

[77] 1 § p. 3 lagen (2010:1390) om utnämning av ordinarie domare (utnämningslagen). I de tingsrätter som också utgör mark- och miljödomstolar samt Stockholms tingsrätt som utgör patent- och marknadsdomstol utgörs de ordinarie domarna även av tekniska råd respektive patentråd, 1 § p. 4–5 utnämningslagen. Dessa är dock lekmannadomare.

[78] 1 § förordningen (1996:381) med tingsrättsinstruktion (tingsrättsinstruktionen) respektive 1 § förordningen (1996:382) med förvaltningsrättsinstruktion (förvaltningsrättsinstruktionen).

[79] Se 42–44 §§ tingsrättsinstruktionen respektive 37–39 §§ förvaltningsrättsinstruktionen.

bakgrund av avhandlingens intresseområde och betoning på rättstillämpning har bedömningen gjorts att det framför allt är relevant att fokusera på den lagfarne domarens roll. Kategorin lekmannadomare har därför uteslutits i undersökningen.

Valet att inte inkludera den icke ordinarie lagfarna domarens roll i undersökningen följer bland annat av att det kan antas att den ordinarie domaren har hunnit etablera en egen och mer självständig föreställning av underrättsdomarens roll som rättstillämpare jämfört med den icke ordinarie domaren. Den ordinarie domarens roll är dessutom särskilt intressant eftersom den ordinarie domaren ofta är inblandad i utbildningen av icke ordinarie domare.[80] Det kan därför antas att den ordinarie domarens uppfattningar om den rättstillämpande rollen även kan ha en påverkan på uppfattningarna hos de icke ordinarie domare som är under en ordinarie domares utbildning.[81]

Vägen till att bli en lagfaren ordinarie underrättsdomare kan se olika ut. För att få tjänstgöra som domare måste dock vissa formella krav vara uppfyllda. Av regeringsformen följer ett krav på svenskt medborgarskap för att bli ordinarie domare. Av samma bestämmelse framgår även att krav på svenskt medborgarskap för behörighet att utöva rättskipningsuppgifter i övrigt endast får uppställas i lag, alternativt enligt förutsättningar som framgår av lag. [82] För att bli lagfaren domare krävs det som nämnts även ett avläggande av det för domarämbetet föreskrivna kunskapsprovet, det vill säga svensk juristexamen eller jämförlig äldre examen. Härutöver finns ett krav på att den som utövar domarämbetet inte får vara i konkurstillstånd eller ha förvaltare enligt 11 kap. 7 § föräldrabalken.[83]

Samtliga personer som ska tjänstgöra som domare ska även avlägga domared.[84] Eden behöver endast avläggas en gång och anses numera sakna en självständig betydelse. Att en domare som inte avlagt ed meddelar en dom torde inte innebära att domen blir utan rättsverkan eller för den skull ska undanröjas.[85]

Det finns inget formellt krav på att en ordinarie lagfaren domare ska ha genomfört notarietjänstgöring eller genomgått den särskilda domarutbildningen (domarbanan).[86] De flesta som utnämns till ordinarie domare har dock gått

[80] Se 5 § 3 st. tingsrättsinstruktionen respektive 4 § 3 st. förvaltningsrättsinstruktionen.

[81] Jfr Ställvik, 2009, s. 242–243.

[82] 11 kap. 11 § RF.

[83] 4 kap. 1 § RB respektive 28 § LAFD.

[84] 4 kap. 11 § RB respektive 28 § 2 st. LAFD.

[85] Fitger m.fl., 2025, s. 4 kap. 11 § RB.

[86] Melin, 2012, s. 33.

domarbanan.[87] Domarbanan är en i huvudsak praktisk utbildning innefattande tjänstgöring i hovrätt eller kammarrätt och tingsrätt eller förvaltningsrätt.[88] Parallellt med tjänstgöringen sker även deltagande i ett utbildningsprogram innefattande ett antal kurser. Under kurserna ges utbildning inom olika ämnesområden som beror på vilket domstolsslag tjänstgöringen avser.[89]

Det första steget i domarbanan är att bli anställd som hovrätts- eller kammarrättsfiskal (fiskal). För att anställas som fiskal krävs som huvudregel en juristexamen, alternativt motsvarande äldre examen, och notariemeritering. Om det föreligger särskilda skäl kan hovrätten eller kammarrätten i det enskilda fallet besluta om undantag från kravet på notariemeritering.[90] Det är hovrätten och kammarrätten som beslutar om anställning av fiskaler.[91]

Fiskalstjänsten inleds med minst ett års tjänstgöring i hovrätt eller kammarrätt.[92] Under det inledande året deltar fiskalen i beredningen av överrättens mål och ärenden och har inga dömande uppgifter. I beredningen kan det till exempel ingå att föredra mål och ärenden för rättens ledamöter, skriva förslag till dom och protokollföring vid huvudförhandlingar.[93]

Efter att fiskalen har tjänstgjort ett år i hovrätt eller kammarrätt kan fiskalen anställas som tingsrättsfiskal alternativt förvaltningsrättsfiskal.[94] Som fiskal i underrätt arbetar fiskalen med bland annat dömande uppgifter och har huvudsakligen samma arbetsuppgifter som ordinarie domare. Vid tilldelning av arbetsuppgifter till fiskalen ska hänsyn tas till vad som anses lämpligt utifrån fiskalens erfarenhet av arbete i domstol och behov av att delta i utbildning. Fiskalen får dock inte tilldelas uppgifter som kräver särskild erfarenhet.[95]

[87] Domstolsverkets hemställan, *Adjungerade råd – ökad flexibilitet och bättre förutsättningar för domarmeritering,* dnr. DOV 2024/1033, 2024-09-05, s. 6.

[88] Se SOU 2017:85, s. 223.

[89] Domstolsakademins utbildningskatalog, 2019, s. 152 f.

[90] 41 § förordningen (1996:379) med hovrättsinstruktion (hovrättsinstruktionen) respektive 41 § förordningen (1996:380) med kammarrättsinstruktion (kammarrättsinstruktionen). Se även SOU 2017:85, s. 223–224.

[91] 38 § 1 st. hovrättsinstruktionen respektive 38 § 1 st. kammarrättsinstruktionen.

[92] Se 42 § tingsrättsinstruktionen respektive 37 § förvaltningsinstruktionen.

[93] SOU 2017:85, s. 231.

[94] 42 § tingsrättsinstruktionen respektive 37 § förvaltningsinstruktionen. Det är hovrätten eller kammarrätten som beslutar om anställning av tings- och förvaltningsrättsfiskaler. Det föreligger en tjänstgöringsskyldighet för fiskaler som har tjänstgjort minst ett år i hovrätt eller kammarrätt att bland annat tjänstgöra som fiskal i tingsrätt eller förvaltningsrätt, se 47 § hovrättsinstruktionen respektive 46 § kammarrättsinstruktionen.

[95] 11 § tingsrättsinstruktionen respektive 10 § förvaltningsrättsinstruktionen.

Efter att fiskalen har tjänstgjort minst två år i tings- eller förvaltningsrätt kan fiskalen förordnas till tf. assessor. En tf. assessor tjänstgör ytterligare ett år i hovrätt eller kammarrätt som adjungerad ledamot. En adjungerad ledamot har behörighet att tillsammans med ordinarie domare avgöra mål och ärenden.[96]

När tf. assessorn tjänstgjort som adjungerad ledamot under ett år har denne genomfört samtliga steg i domarutbildningen och betraktas som färdigutbildad. Det är då möjligt att få en anställning som assessor i hovrätt eller kammarrätt.[97]

Domarbanans totala längd är därmed minst fyra år. För att antas till domarbanan krävs som nämnts i huvudregel även notariemeritering. Den som genomför hela domarbanan kommer således i praktiken ha cirka sex års erfarenhet av tjänstgöring i domstol innan hen kan förordnas till assessor.[98]

Det är vanligt att som assessor arbeta utanför domstolarna ett par år i syfte att erhålla ytterligare erfarenhet och meriter. Som assessor är det sedermera möjligt att söka en tjänst som ordinarie domare. Det är även möjligt att söka andra kvalificerade juridiska anställningar.[99]

Även om det är vanligast med ordinarie domare som gått domarbanan, utgör domarbanan inget formellt krav för att en jurist ska kunna få en tjänst som ordinarie domare. Sedan år 2007 finns det en möjlighet för jurister som inte har gått domarbanan att ta tjänstledigt från sin ordinarie anställning och prova på arbetet i hovrätt eller kammarrätt under ett halvår.[100] Systemet kallas för extern adjunktion och syftar till att ge jurister med erfarenhet och kvalifikation möjlighet att prova på arbetet i överrätt. [101] Generellt kan sägas att de jurister som kan förordnas till adjungerade ledamöter är jurister med lång erfarenhet av kvalificerat juridiskt arbete.[102] Enligt Domarrekryteringsutredningen är det inte ovanligt att sådana externa adjunkter söker anställning som ordinarie domare efter avslutad adjunktion.[103]

En ytterligare möjlighet för den som vill bli ordinarie domare, men som inte har gått domarbanan, är att söka en anställning som adjungerat råd. Denna

[96] Se 44 § hovrättsinstruktionen respektive 44 § kammarrättsinstruktionen tillsammans med SOU 2017:85, s. 231.

[97] 40 § hovrättsinstruktionen respektive 40 § kammarrättsinstruktionen.

[98] SOU 2017:85, s. 223–224.

[99] Sveriges domstolar [https://www.domstol.se/jobba-hos-oss/domare/domarutbildningen---en-unik-mojlighet/karriarmojligheter-efter-domarutbildningen/] 2026-02-18.

[100] 44 § hovrättsinstruktionen respektive 44 § kammarrättsinstruktionen.

[101] SOU 2017:85, s. 214.

[102] Se 44 § hovrättsinstruktionen respektive 44 § kammarrättsinstruktionen.

[103] SOU 2017:85, s. 213.

anställningsform infördes år 2019.[104] Anställningen som adjungerat råd är en tidsbegränsad anställning om ett år och ska innefatta tjänstgöring i både tingsrätt och hovrätt, alternativt förvaltningsrätt och kammarrätt. Till skillnad från den externa adjunktionen innebär en anställning som adjungerat råd alltså att domarmeriteringen omfattar tjänstgöring i både underrätt och överrätt. De som kan anställas som adjungerade råd är en begränsad krets och består av åklagare, lagfarna professorer eller docenter i rättsvetenskap, ledamöter av Sveriges advokatsamfund eller andra lagfarna personer med flera års erfarenhet av kvalificerat juridiskt arbete.[105]

Syftet med införandet av anställningsformen adjungerat råd var att införa bättre möjligheter för kvalificerade och erfarna jurister att arbeta som domare i både överrätt och underrätt. Därigenom skulle fler jurister kunna meritera sig för en anställning som ordinarie domare.[106]

Sammanfattningsvis kan vägen till att bli en lagfaren ordinarie underrättsdomare se olika ut. Det kan därför antas att de lagfarna ordinarie underrättsdomare som är verksamma i underrätterna idag kan besitta olika yrkesmässiga erfarenheter. I denna studie görs dock fortsättningsvis ingen skillnad på ordinarie underrättsdomare som har gått domarbanan och de som inte har gjort det.

1.4.2 Den nationella lagstiftaren

I denna studie används begreppet *den nationella lagstiftaren* funktionellt och betraktas snarare som en abstraktion, än som en konkret eller entydigt identifierbar konstitutionell aktör. Begreppet används övergripande och syftar på en eller flera nationella aktörer som enligt regeringsformen får anta rättsligt bindande föreskrifter.[107] Härmed åsyftar begreppet inte enbart riksdagen som är den aktör som enligt 1 kap. 4 § 2 st. regeringsformen kan stifta lag, utan skulle exempelvis även kunna avse regeringen eller riksdagen i samspel med regeringen. Det precisa innehållet i begreppet är därför inte givet på förhand i studien.

[104] Se 41 a § hovrättsinstruktionen, införd genom SFS 2019:364, respektive 41 a § kammarrättsinstruktionen, införd genom SFS 2019:365.

[105] 41 a § hovrättsinstruktionen respektive 41 a § kammarrättsinstruktionen. Se även SOU 2017:85, s. 196 f.

[106] SOU 2017:85, s. 190.

[107] Härmed utesluts bl.a. normgivande aktörer inom EU. Även om en del av normgivningsmakten har delegerats till EU och dess institutioner i samband med det svenska medlemskapet i EU, är dessa normgivande aktörer snarare att betrakta som supranationella och inte som nationella, jfr 10 kap. 6 § RF och 2–3 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen (EU-lagen).

Denna begreppsanvändning följer av insikten att det kan finnas olika definitioner av eller föreställningar om lagstiftarbegreppet och att förståelsen av begreppet kan variera utifrån sammanhanget. Ett exempel på detta är att lagstiftarbegreppet återkommande har använts med en bredare innebörd i Sverige än vad regeringsformens terminologi bör motivera.[108]

Regeringsformen innehåller en hierarkisk fördelning av normgivningsmakten.[109] Riksdagen utgör enligt 1 kap. 4 § regeringsformen folkets främsta företrädare och har tilldelats den primära normgivningskompetensen att stifta lag. Riksdagens primära lagområde följer huvudsakligen av 8 kap. 2 § regeringsformen, men kan även framgå av andra bestämmelser i regeringsformen eller annan grundlag. Regeringsformen tilldelar dock enligt 8 kap. 7 § även regeringen en direkt normgivningskompetens vad avser verkställighetsföreskrifter och föreskrifter som inte enligt grundlag ska meddelas av riksdagen.[110] Härutöver kan regeringen, förvaltningsmyndigheterna och kommunerna enligt regeringsformen tilldelas normgivningskompetens i vissa avseenden genom delegation.[111] Härmed är det inte bara riksdagen som står för den nationella normgivningen i Sverige, utan även regering, förvaltningsmyndigheter och kommuner deltar i denna.

Att det är fler aktörer än riksdagen som tilldelats normgivningskompetens innebär dock inte att alla dessa aktörer bör inkluderas i lagstiftarbegreppet. Sett till regeringsformens terminologi görs i 8 kap. 1 § en tydlig skillnad mellan lag som stiftas av riksdagen, förordningar som meddelas av regeringen och föreskrifter som meddelas av förvaltningsmyndigheter eller kommuner. I enlighet med regeringsformens terminologi bör det därför endast vara riksdagen som ska innefattas i lagstiftarbegreppet.

I Sverige har dock en mer kollektiv syn på lagstiftarbegreppet förekommit. Särskilt i samband med användningen av förarbeten vid lagtolkning har det förekommit en indirekt förståelse av lagstiftaren som ett kollektiv bestående inte bara av riksdagen, utan även av de lagstiftningskommittéer och tjänstemän som utarbetar förarbeten under ett visst departement samt regeringen. Användningen av förarbeten vid tolkning av lag har bland annat motiverats av uppfattningen att förarbetena ger uttryck för lagstiftarens intention med lagstiftningen. I linje med

[108] Se t.ex. Carlsson, 2023, s. 126; Strömholm, Lyles och Valguarnera, 2020, s 384–386; Bratt och Tiberg, 1989, s. 409 f.

[109] För en utförlig redogörelse av normgivningsmakten i RF hänvisas till Strömberg, 1999. Se även Derlén, Lindholm och Naarttijärvi, 2025, s. 170–201.

[110] Se vissa inskränkningar i regeringens direkta normgivningskompetens i 8 kap. 7 § 2 st. RF.

[111] Se 8 kap. 1 §, 3–6 §§ och 9–13 §§ RF.

en subjektiv lagtolkningsmetod har därför förarbetena studerats för att utröna denna intention, som i sin tur ska vara vägledande vid lagtolkningen.[112]

Denna förståelse av lagstiftarbegreppet har i litteraturen beskrivits som korporativistiskt, såtillvida att den suddar ut gränserna mellan lagstiftande och verkställande makt och tillskriver hela lagstiftningsprocessen en gemensam normativt relevant vilja.[113] Synsättet har även kritiserats. Det har dels ifrågasatts huruvida det är meningsfullt att överhuvudtaget tala om en enhetlig lagstiftarintention inom ramen för en korporativistisk förståelse av lagstiftarbegreppet, dels har det påpekats att synsättet riskerar att försvaga den konstitutionella maktdelningen eftersom det kan innebära att regeringen får ett stort inflytande över lagens tolkning.[114]

Trots att argumentet har kritiserats förekommer argumentet fortfarande.[115] I en monografi från år 2023 om juridikens metoder och källmaterial, som huvudsakligen riktar sig till studenter i juridik, går det bland annat att läsa att följsamhet till förarbeten i viss utsträckning kan ”infria lagstiftarens intentioner och i förlängningen folkets vilja.”[116]

Ett annat exempel som illustrerar lagstiftarbegreppets abstrakta karaktär och att det, när det används, inte nödvändigtvis behöver avse riksdagen är de mer rättsteoretiska diskussioner som förts om begreppet. Här kan exempelvis hänvisas till de diskussioner som handlar om målet att genom lagtolkning utröna lagstiftarens vilja.[117] I detta sammanhang har det bland annat uttryckts att lagstiftarens vilja utgör ett teoretiskt begrepp som snarare åsyftar lagens ändamål, än att det skulle avse en viss individs eller en viss grupp av individers intentioner.[118]

Mot bakgrund av att det således kan förekomma olika förståelser av lagstiftarbegreppet, och att min uppfattning inte nödvändigtvis behöver återspegla de uppfattningar som underrättsdomare kan ge uttryck för, används begreppet funktionellt och övergripande. Detta innebär att studien inte tar ställning till vilken aktör som i egentlig mening är lagstiftare.

[112] Se Carlsson, 2023, s. 126; Strömholm, Lyles och Valguarnera, 2020, s 384–386; Bratt och Tiberg, 1989, s. 409–410 och 415–416. Jfr Ekelöf, 1958, s. 90.

[113] Se Bratt och Tiberg, 1989, s. 415–416.

[114] Se Strömholm, Lyles och Valguarnera, 2020, s. 384–386; Bratt och Tiberg, 1989, s. 412 och 415 f. Jfr även Peczenik, 1995, s. 244.

[115] Se Strömholm, Lyles och Valguarnera, 2020, s. 385 där det uttrycks en liknande uppfattning om att argumentet fortfarande förekommer.

[116] Carlsson, 2023, s. 126, där kritiken mot argumentet också uppmärksammas.

[117] Se t.ex. Peczenik, 1995, s. 241 f.; Aarnio, 1983, s. 173 f.; Eckhoff, 1980, s. 66 f.

[118] Peczenik, 1995, s. 243–244.

Som redan berörts i redogörelsen för studiens syfte, avsnitt 1.2.1, används begreppet den nationella lagstiftaren som en del av avgränsningen av studieobjektet. Härutöver utgör lagstiftarbegreppet ett hjälpmedel i analysen av de intervjuade underrättsdomarnas utsagor, eftersom det antas att underrättsdomarens föreställning om vem eller vilka aktörer som betraktas som den nationella lagstiftaren i ett visst sammanhang kan informera om underrättsdomarens föreställning om den rättstillämpande rollen.

Om en underrättsdomare exempelvis uttrycker något i stil med ”när lagen är otydlig försöker jag alltid ta reda på vad lagstiftaren egentligen menade genom att läsa förarbetena till lagen, eftersom det är där som lagstiftarens intentioner återges” kan det ge uttryck för korporativistisk förståelse av den nationella lagstiftaren. Härutöver kan det ge uttryck för en föreställning hos underrättsdomaren om att hens rättstillämpande roll består av att lojalt tillämpa en på förhand bestämt lagstiftarvilja, och eftersom underrättsdomaren förefaller ha en korporativistisk förståelse av lagstiftarbegreppet innebär det att underrättsdomaren underställer sig såväl riksdag som regering.

Om en underrättsdomare däremot uttrycker något i stil med att ”förarbeten kan ge viss vägledning, men i slutänden är det lagtexten och systematiken som ramar in vad domstolen kan göra” kan det indikera en snävare lagstiftardefinition och en rollföreställning som innebär att underrättsdomaren bär ett eget ansvar för rättens innehåll, inom lagstiftningens ramar. Härmed underställs underrättsdomarens roll inte regeringens, på motsvarande sätt som i det första exemplet.

Sammanfattningsvis ges begreppet inte ett på förhand fastställt innehåll i denna studie. Genom att hålla lagstiftarbegreppet öppet möjliggörs även en analys av underrättsdomares underliggande föreställningar om lagstiftarbegreppets innehåll, vilket i sin tur kan utgöra en indikator på hur underrättsdomare föreställer sig sin rättstillämpande roll.

1.5 Disposition

Avhandlingen består av sammanlagt 8 kapitel, vilka är indelade i tre delar.

Del I, som består av kapitel 1–3, innehåller studiens inledande delar. I *kapitel 1* introduceras studiens problemformulering, syfte, det befintliga forskningsläget och studiens kunskapsbidrag. Härutöver presenteras en beskrivning av aktörsbegreppen underrättsdomaren och den nationella lagstiftaren. *Kapitel 2* innehåller en redogörelse för huvuddragen i studiens kontextuella bakgrund. Kapitlet syftar till att ge läsaren en förståelse för det sammanhang inom vilket studien har vuxit fram och en bakgrund att ta avstamp ifrån i den fortsatta

läsningen av avhandlingen. *I kapitel* 3 följer en beskrivning av studiens teori och metod. Kapitlet innehåller en redogörelse för studiens övergripande vetenskapsteoretiska utgångspunkter och det teoretiska verktyg som används för att undersöka olika föreställningar om underrättsdomarens rättstillämpande roll. Härtill innehåller kapitlet en närmare beskrivning av studiens metod och genomförande i förhållande till studiens tre delsyften.

Avhandlingens *Del II*, som består av kapitel 4–6, presenterar studiens huvudsakliga resultat relaterat till det första och andra delsyftet i studien. Där presenteras, i varsitt kapitel, tre olika föreställningar om innebörden av underrättsdomarens rättstillämpande roll och dess förhållande till den nationella lagstiftaren som konstrueras utifrån en tematisk analys av den för studien insamlade intervjudatan. Rollföreställningarna illustreras genom tre olika rättstillämpande roller. I *kapitel 4* presenteras den första rollen, Ämbetsmannen. *Kapitel 5* redogör för den andra rollen, Väktaren. Den tredje och sista rollen, Kreatören, presenteras i *kapitel 6*.

I varje kapitel för respektive roll redogörs, i ett inledande underavsnitt, för ”kärnan i rollen”. Dessa underavsnitt sammanfattar respektive rollföreställnings centrala idé och de underteman som varje rollföreställning konstrueras utav. Undertemana utvecklas sedan i efterföljande underavsnitt för varje roll, tillsammans med intervjucitat som exemplifierar hur undertemana kommer till uttryck i intervjudatan. Till varje roll följer även ett avslutande avsnitt innehållande en analys och diskussion där rollföreställningarna analyseras i relation till vissa institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar samt till tidigare diskussioner om den svenska domarrollen, som rollföreställningarna kan aktualisera.

Avslutningsvis innehåller *Del III*, som består av kapitel 7–8, avhandlingens avslutande delar. I *kapitel 7* presenteras en diskussion utifrån den jämförande analys som genomförs för att uppfylla studiens tredje delsyfte. *Kapitel 8,* som är avhandlingens sista kapitel, innehåller en sammanfattning av studiens slutsatser, några avslutande reflektioner utifrån dessa slutsatser, uppslag till framtida forskning och avhandlingens slutord.

2 Studiens kontextuella bakgrund

2.1 Inledning

I detta kapitel presenteras huvuddragen i studiens kontextuella bakgrund. Kapitlet redogör både för institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar för underrättsdomarens rättstillämpande roll samt för diskussioner om den svenska domarrollen som har förts i juridisk litteratur och i andra rättsliga forum, vilka bidrar till att aktualisera studiens problemformulering.

De förutsättningar och diskussioner som redogörs för i kapitlet gör inte anspråk på att vara uttömmande, utan syftar till att ge läsaren en förståelse för det sammanhang inom vilket studien befinner sig och en bakgrund att ta avstamp ifrån i den fortsatta läsningen av avhandlingen. Kapitlet ska inte förstås som ett teoretiskt ramverk för analysen i studien, utan avser att introducera läsaren till den kontextuella bakgrund som motiverat studien och som gör underrättsdomarens föreställningar om den rättstillämpande rollen till ett relevant studieobjekt. Den kontextuella bakgrunden kan härmed även betraktas som en del av den kunskapsbas och förförståelse som jag har burit med mig vid initierandet av studien och dess genomförande.[119] Detta innebär bland annat att bakgrunden utgör en del av den kunskapsbas som analysen i studiens andra delsyfte kan relatera till, utan att den för den delen ska betraktas som ett på förhand bestämt ramverk för analysen.

I avsnitt 2.2 behandlas framför allt grunderna i den svenska domstolsorganisationen och den processuella utgångspunkten att tyngdpunkten i rättskipningen ska ligga i första instans. Dessa förutsättningar motiverar att det är underrättsdomaren som konstitutionell aktör som är i fokus i studien, eftersom underrättsdomaren står för en stor del av den rättstillämpning som sker inom det svenska domstolsväsendet.

I avsnitt 2.3 redogörs främst för de konstitutionella funktioner som bland annat regeringsformen tillskriver underrättsdomaren och regeringsformens bestämmelser om de svenska domstolarnas och domarnas oberoende respektive självständighet, i förhållande till andra konstitutionella aktörer. Dessa konstitutionellrättsliga förutsättningar både möjliggör och begränsar underrättsdomarens rättstillämpande roll och kan ge upphov till olika

[119] Redogörelsen för studiens kontextuella bakgrund går härmed i linje med det reflexiva förhållningssätt som jag eftersträvar i forskningsprocessen och som berörs i avsnitt 3.2.2.

spänningsförhållanden vid den praktiska rättstillämpningen.[120] Förutsättningarna ger emellertid inte någon uttömmande vägledning för hur sådana spänningar ska hanteras, utan lämnar ett utrymme för underrättsdomarens egen bedömning i det enskilda fallet. De konstitutionellrättsliga förutsättningarna bidrar till att göra den rättstillämpande rollen abstrakt och komplex, vilket motiverar en undersökning av underrättsdomares egna föreställningar om rollens innebörd i syfte att fördjupa förståelsen av hur rollen kan ges mening inom ramen för dessa förutsättningar.

I avsnitt 2.4 redogörs för huvuddragen i de diskussioner om den svenska domarrollen som hänvisats till redan i avhandlingens avsnitt 1.1. Härigenom ges läsaren en översiktlig bild av de diskussioner som studien relaterar till.

Avslutningsvis kan nämnas att redogörelserna för de institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningarna huvudsakligen utarbetas med hjälp av verktyg och tekniker som traditionellt brukar hänföras till rättsdogmatisk metod.[121] I redogörelsen av de institutionella förutsättningarna använder jag mig även av statistik i viss utsträckning. Statistiken används inte som rättskällor eller för att ersätta och komplettera tolkningen av rättskällorna, utan används för att illustrera hur vissa av rättsreglerna får genomslag i praktiken.

2.2 Domstolsorganisationen och rättskipningens tyngdpunkt i första instans

Av 11 kap. 1 § regeringsformen följer grunddragen för organiseringen av de svenska domstolarna. Där framgår att det finns allmänna domstolar vilka utgörs av tingsrätterna, hovrätterna och Högsta domstolen samt allmänna förvaltningsdomstolar som består av förvaltningsrätterna, kammarrätterna och Högsta förvaltningsdomstolen. Det föreskrivs även att rätten till prövning i Högsta domstolen, Högsta förvaltningsdomstolen, hovrätt och kammarrätt kan begränsas genom lag.[122]

Tingsrätterna utgör som huvudregel de allmänna domstolarnas första instans.[123] Att tingsrätterna utgör första instans av de allmänna domstolarna

[120] Jfr Ställvik, 2009, s. 244–245.

[121] Se vidare avsnitt 3.5 om vad jag avser med dessa verktyg och tekniker.

[122] 11 kap. 1 § 1 st. RF. Utöver bestämmelsen i 11 kap. 1 § RF saknar RF närmare bestämmelser om de svenska domstolarnas organisation och inbördes förhållanden. I stället framgår det av 11 kap. 2 § RF att bestämmelser som bland annat rör huvuddragen i domstolarnas organisation, och som inte redan berörts i regeringsformen, meddelas genom lag. Mer detaljerade bestämmelser om domstolarnas organisation får därför sökas på andra ställen än i RF.

[123] 1 kap. 1 § RB.

innebär i stora drag att mål anhängiggörs där och att tingsrättens domar kan överklagas till överrätt.[124] Hovrätten är överrätt i de mål som överklagas från tingsrätten, medan Högsta domstolen är överrätt i de mål som överklagas från hovrätten.[125]

De allmänna förvaltningsdomstolarnas instansordning är uppbyggd på samma sätt som de allmänna domstolarnas och har motsvarande ansvarsfördelning mellan instanserna.[126] Förvaltningsrätterna utgör första instans av de allmänna förvaltningsdomstolarna.[127] Kammarrätten är överrätt i de mål som överklagas från förvaltningsrätten, medan Högsta förvaltningsdomstolen är överrätt i de mål som överklagas från kammarrätten.[128]

De allmänna domstolarnas kompetens brukar beskrivas omfatta de mål som inte enligt särskilda bestämmelser ska prövas av annan domstol, förvaltningsmyndighet eller skiljemän.[129] I praktiken omfattar tingsrättens kompetens framför allt tvistemål och brottmål.[130] De allmänna förvaltningsdomstolarnas kompetens omfattar i sin tur en mängd olika typer av förvaltningsmål.[131] Förvaltningsrätterna har bland annat att avgöra förvaltningsbesvärsmål, kommunalbesvärsmål och ansökningsmål.[132] Generellt

[124] Jfr 2 kap. 1 § och 49 kap. 1 § RB.

[125] 2 kap. 1 § RB och 3 kap. 1 § RB.

[126] Prop. 2007/08:139, s. 21.

[127] 1 och 14 §§ LAFD.

[128] 33 § förvaltningsprocesslagen (1971:281) (FPL).

[129] Jfr 10 kap. 17 § 1 st. 1 p. RB. Se vidare Södergren, 2009, s. 242 f. med hänvisningar.

[130] Se Melin, 2012, s. 67. Det finns även tingsrätter med specialkompetens avseende vissa typer av mål. Sjörättsmål ska till exempel endast handläggas vid de tingsrätter som särskilt har utpekats av regeringen, se 21 kap. 1 § sjölagen (1994:1009). Specialisering har även skett genom att särskilda domstolar anknutna till vissa tingsrätter har inrättats. De särskilda domstolarna utgörs av mark- och miljödomstolarna vid Umeå, Östersund, Nacka, Växjö och Vänersborgs tingsrätter samt Patent- och marknadsdomstolen vid Stockholms tingsrätt, se 1 kap. 1 § lagen (2010:921) om mark- och miljödomstolar och 1 § förordningen (2010:984) om mark- och miljödomstolarnas domsområden respektive 1 kap. 2 § 1 st. lagen (2016:188) om patent- och marknadsdomstolar.

[131] Se 40 § förvaltningslagen (2017:900) (FL) där det framgår att beslut ska överklagas till allmän förvaltningsdomstol. Av 4 § FL framgår dock att lagen är subsidiär, vilket innebär att regler om besluts överklagande som framgår av annan lag eller förordning gäller framför FL. Om det saknas överklaganderegler i annan specialförfattning eller om specialförfattningen innehåller ett överklagandeförbud, men det aktuella beslutet måste kunna överklagas enligt Europakonventionen, pekar 40 § förvaltningslagen ut rätt instans för överklagande, se HFD 2019 ref. 43.

[132] Se t.ex. 113 kap. 10 § socialförsäkringsbalken; 13 kap. 1 § kommunallagen (2017:725); 4 § lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga; 7 § lagen (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård. Se även Södergren, 2009, s. 297.

kan sägas att de typer av mål som förvaltningsrätterna i huvudsak handlägger rör mål mellan det allmänna och enskilda.[133]

I egenskap av första instans för respektive domstolsslag har tings- och förvaltningsrätterna en central roll att spela i rättskipningen, eftersom en grundläggande utgångspunkt är att tyngdpunkten i rättskipningen ska ligga i första instans.[134] Att tyngdpunkten i rättskipningen ska ligga i första instans innebär att den som vänder sig till domstol ska få en prövning som är kompetent och kvalificerad redan i underrätt. Kompetensen i underrätterna ska därför omfatta alla typer av mål som underrätterna kan behöva pröva och prövningen ska både vara, samt upplevas, så pass kvalificerad att parterna i majoriteten av fallen inte ska känna ett behov av att överklaga.[135]

Det finns flera anledningar till att eftersträva att tyngdpunkten i rättskipningen ska ligga i första instans. Om tvistefrågor kan lösas redan i underrätt genom en kompetent och kvalificerad prövning har det uttryckts att rättssäkerheten och domstolsprocessens tillgänglighet ökar.[136] Rättssäkerheten kan således tillkomma alla parter och inte enbart dem som överklagar underrätternas avgöranden.[137] Härutöver kan placeringen av rättskipningens tyngdpunkt i första instans motiveras av att det bidrar till effektiv resursanvändning för både den berättigade parten och det allmänna.[138]

Både vad gäller de allmänna domstolarna och de allmänna förvaltningsdomstolarna har det särskilt sedan 1970-talet genomförts ett antal reformer i syfte att stärka underrätternas ställning och samtidigt renodla

[133] Se Melin, 2012, s. 112. Det finns även förvaltningsrätter som tillskrivits behörighet att pröva vissa typer av mål. Till exempel är förvaltningsrätterna i Luleå, Stockholm, Göteborg och Malmö utsedda migrationsdomstolar, se 6 § förordning (1977:937) om allmänna förvaltningsdomstolars behörighet m.m.

[134] Prop. 2012/13:45, s. 78; prop. 2007/08:139, s. 21; prop. 2004/05:131, s. 82; prop. 1992/93:216, s. 28.

[135] Se Eklycke, 2014, s. 163.

[136] Se prop. 2004/05:131, s. 82.

[137] Se Eklycke, 2014, s. 164. Eklycke tillskriver formulerandet av argumentet Peter Fitger.

[138] Se prop. 2004/05:131, s. 220; Eklycke, 2014, s. 164. Tanken att rättskipningens tyngdpunkt ska ligga i första instans har dock inte alltid varit utgångspunkten i svensk rätt. Vid rättegångsbalkens tillkomst, år 1942, och en lång period efteråt förelåg det i stort sett inga begränsningar i möjligheten att få en fullständig överprövning i hovrätt av ett avgörande från tingsrätt, se prop. 1992/93:216, s. 26–27. Först år 1974 infördes för första gången regler om prövningstillstånd till hovrätt, då avseende krav på prövningstillstånd för tvistemål om mindre värden. Reglerna infördes genom lagen (1974:8) om rättegången i tvistemål om mindre värden. Efter att denna lag upphävdes inarbetades reglerna i RB genom SFS 1987:747.

överrätternas funktioner.[139] Vad beträffar de allmänna domstolarna finns det idag ett generellt krav på prövningstillstånd vid överklagan av tingsrätts dom eller beslut, om det inte är föreskrivet något annat.[140]

Den nuvarande regleringen beträffande kravet på prövningstillstånd till hovrätt vid överklagan av tingsrätts dom eller beslut kom till genom reformen *En modernare rättegång*. I propositionen *En modernare rättegång – reformering av processen i allmän domstol* konstaterade regeringen att hovrätten i flertalet mål som överklagades från tingsrätten genomförde en ny fullständig prövning. En sådan ordning innebar att hovrättsprocessen blev mycket lik tingsrättsprocessen. Det beaktades således inte i någon större utsträckning att det redan skett en prövning av det överklagade målet i tingsrätten. Det hade även från flera håll gjorts gällande att parter i större mål såg på tingsrättsprocessen som ett förberedande förfarande inför en process i hovrätt. Denna ordning ansågs av regeringen mycket olycklig, då det innebar en risk för att den egentliga rättskipningen skulle äga rum först i hovrätten. Det framhölls att förutsättningarna för riktiga avgöranden genom en seriös och gedigen tingsrättsprocess skulle öka om de aktuella aktörerna visste att det var här och nu det gällde.[141]

Till följd härav utvidgades bland annat systemet med prövningstillstånd för överklagande från tingsrätt till hovrätt till att omfatta tingsrättens samtliga avgöranden i tvistemål, bortsett från avgöranden i familjemål.[142] Syftet med utvidgningen var att renodla hovrättens verksamhet till sådant som motiverades av hovrättens huvudsakliga funktion, det vill säga att kontrollera tingsrättens avgöranden och rätta eventuella felaktigheter.[143] Senare utvidgades systemet med prövningstillstånd till att även omfatta tingsrättens avgöranden i familjemål.[144]

Vad avsåg prövningstillstånd för tingsrättens avgöranden i brottmål hänvisade regeringen till promemorian *Hovrättsprocessen i framtiden* där det framförts att utvidgningen av systemet med prövningstillstånd endast skulle avse tvistemål och

[139] Se t.ex. prop. 1971:30; SFS 1971:291; prop. 1971:45; SFS 1971:218; prop. 1992/93:216; SFS 1993:514; prop. 1993/94:133; SFS 1994:436; prop. 2004/05:131; SFS 2005:683.

[140] 49 kap. 12 § RB. Exempelvis finns det ett undantag från kravet på prövningstillstånd avseende en stor andel av brottmålen. För att hovrätten ska ta upp en tingsrätts dom i brottmål för prövning, som inte avser enskilt anspråk, krävs som huvudregel inget prövningstillstånd om inte den tilltalade endast blivit dömd till påföljden böter, eller har frikänts från straffansvar för brott som inte har ålagts strängare straff än sex månaders fängelse, se 49 kap. 13 § 1 st. RB. För tvistemålens del finns inget motsvarande föreskrivet undantag från kravet på prövningstillstånd.

[141] Prop. 2004/05:131, s. 171–172.

[142] Se SFS 2005:683.

[143] Prop. 2004/05:131, s. 177–179.

[144] Se SFS 2008:649.

domstolsärenden. Regeringen övervägde således inte någon generell utvidgning av systemet för prövningstillstånd avseende brottmål.[145]

Även instansordningen för de allmänna förvaltningsdomstolarna har successivt reformerats genom att mål flyttats ned från kammarrätt till förvaltningsrätt som första instans.[146] Numera är förvaltningsrätten första instans för i stort sett alla överklagbara beslut av förvaltningsmyndigheter.[147] Genom att systemet med prövningstillstånd för överklaganden av avgöranden från förvaltningsrätt till kammarrätt har utvidgats har även förvaltningsrättens roll för förvaltningsrättskipningen stärkts.[148]

Förvaltningsprocesslagen reglerar inte vilka typer av mål eller beslut som kräver prövningstillstånd för att kammarrätten ska pröva ett avgörande av förvaltningsrätten. I stället framgår att det krävs prövningstillstånd för de mål eller beslut av förvaltningsrätten där det är särskilt föreskrivet.[149] Grunderna för att meddela prövningstillstånd till kammarrätten är desamma som grunderna för att meddela prövningstillstånd till hovrätten:

> Prövningstillstånd ska meddelas om
>
> 1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som tingsrätten/förvaltningsrätten har kommit till,
> 2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som tingsrätten/förvaltningsrätten har kommit till,
> 3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
> 4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.[150]

Domstolsstatistik från 2024 visar att endast 17 % av tingsrättens avgjorda brott- och tvistemål överklagades till hovrätt och att överklagandefrekvensen (exklusive migrationsmål) från förvaltningsrätt till kammarrätt var 22 %.[151] En majoritet av målen som avgörs av underrätterna överklagas således inte till en högre instans. Denna statistik visar inte hur många av de överklagade målen som beviljas prövningstillstånd och faktiskt blir föremål för prövning av hovrätt eller

[145] Se prop. 2004/05:131, s. 181–182 tillsammans med Ds 2001:36, s. 76 och s. 81.

[146] Se prop. 1993/94:133; SFS 1994:436; prop. 1994/95:27; SFS 1995:22; prop. 1995/96:22; SFS 1995:1692; prop. 2012/13:145; SFS 2013:86.

[147] Prop. 2012/13:45, s. 80.

[148] Jfr prop. 2012/13:45, s. 78.

[149] 34 a § 1 st. FPL. Se även prop. 1993/94:133, s. 34. Jfr t.ex. 8 kap. 3 § körkortslagen (1998:488).

[150] 49 kap. 14 § RB respektive 34 a § 2 st. FPL. Se även prop. 2012/13:45, s. 132–135.

[151] Domstolsverket, domstolsstatistik 2024, s. 32 och 49.

kammarrätt. Det kan dock antas att inte alla mål som överklagas beviljas prövningstillstånd. Sammantaget kan slutsatsen dras att tanken om att rättskipningens tyngdpunkt ska ligga i första instans inte endast är en målsättning, utan också är en realitet. De flesta mål som prövas av underrätterna får sin enda prövning där, vilket innebär att en stor del av den totala rättskipningen i Sverige sker i underrätterna.

Många av de mål som avgörs i underrätterna avgörs dessutom av en ensam underrättsdomare, vilket innebär ett högt ställt krav på att varje enskild underrättsdomare ska ha den kompetens som behövs för att kunna utföra det som krävs av den rättstillämpande rollen. Enligt domstolsstatistik för året 2024 avgjordes cirka 58 % av alla avgjorda mål i tingsrätterna av en ensam domare. I förvaltningsrätterna var det cirka 71 % av alla avgjorda mål som avgjordes av en ensam domare.[152]

Sammanfattningsvis innebär den institutionella utformningen av domstolsorganisationen och principen att rättskipningens tyngdpunkt ska ligga i första instans att underrättsdomaren har tilldelats ett långtgående ansvar för rättskipningen i Sverige. En stor del av den rättstillämpning som sker inom det svenska domstolsväsendet äger härmed rum i underrätt och ofta genom avgöranden av en ensam underrättsdomare. Mot denna bakgrund framstår det som angeläget att studera hur just underrättsdomare uppfattar sin roll som rättstillämpare och hur de förhåller sig till den nationella lagstiftaren, eftersom underrättsdomaren utgör en central rättstillämpande aktör i det konstitutionella systemet.

2.3 Konstitutionellrättsliga förutsättningar

Underrättsdomaren verkar i ett konstitutionellt system inom vilket det finns flera konstitutionellrättsliga förutsättningar som på olika sätt möjliggör och begränsar den rättstillämpande rollen. Dessa förutsättningar följer av bland annat regeringsformen, EU-rätten och Europakonventionen.

Syftet med detta avsnitt är att översiktligt redogöra för de normativa konstitutionellrättsliga förutsättningar som omger den rättstillämpande rollen, här i form av de konstitutionella funktioner som bland annat regeringsformen tillskriver underrättsdomaren och regeringsformens bestämmelser om de svenska domstolarnas och domarnas oberoende respektive självständighet.

[152] Statistiken är hämtad från Domstolsverkets statistikdatabas och avser tabell för avgjorda mål per bemanning vid samtliga tingsrätter respektive förvaltningsrätter år 2024. Domstolsverket [https://pxweb.etjanst.domstol.se/PxWeb/pxweb/sv/DOMstat/].

Härutöver berörs i viss mån även vissa rättsteoretiska beskrivningar av rättstillämpningens karaktär. Dessa beskrivningar syftar inte till att ange hur underrättsdomaren bör eller inte bör agera enligt den konstitutionella rätten, utan syftar till att belysa de spänningsförhållanden som kan uppstå mellan den konstitutionella inramningen av den rättstillämpande rollen och de rättsteoretiska beskrivningarna av rättstillämpningens praktiska karaktär.

2.3.1 Underrättsdomarens konstitutionella funktioner

Den normativa innebörden av underrättsdomarens rättstillämpande roll bör ytterst begränsas av de konstitutionella funktioner som underrätterna har tilldelats genom den konstitutionella rätten.[153] Med underrätternas konstitutionella funktioner avses här de uppgifter och funktioner, och således den offentliga makt, som underrätterna genom konstitutionen i bred bemärkelse har tilldelats av folket.[154]

Av 1 kap. 8 § regeringsformen framgår bland annat att det ”för rättskipningen finns domstolar […]”. Vilka konstitutionella funktioner som underrättsdomaren ska fylla inom ramen för sin rättstillämpande roll bestäms således ytterst av begreppet rättskipning, eftersom det är den offentliga makt som domstolarna har tilldelats genom regeringsformen.[155] Vad som avses med rättskipning är dock inte definierat i vare sig grundlag eller annan lag, och det har under grundlagsarbetet ansetts som svårt att ge begreppet en tydlig definition.[156]

Trots att det har uppfattats som svårt att i lag definiera vad som avses med rättskipning bör det vara förhållandevis klarlagt att rättskipning bland annat inbegriper funktionen att genom rättstillämpning avgöra rättstvister[157], döma i brottmål och pröva rättsfrågor.[158] Underrättsdomarens konstitutionella funktioner, liksom för andra domare i övriga domstolsinstanser, stannar dock inte där. De innefattar även en kontrollerande funktion i form av att bland annat kontrollera att den nationella lagstiftaren agerar inom den ram som den

[153] Jfr Locke, 1996, s. 125.

[154] Jfr 1 kap. 1 § 1 st. RF där det stadgas att all offentlig makt i Sverige utgår från folket. För vidare läsning se Derlén, Lindholm och Naarttijärvi, 2025, s. 142–142 med hänvisningar.

[155] Se SOU 2008:125, s. 309.

[156] Se SOU 1972:15, s. 190–191 och prop. 1973.90, s. 233.

[157] Rättstvister avser här inte enbart civilrättsliga tvister som de allmänna domstolarna avgör, utan även tvister mellan enskilda och det allmänna som de allmänna förvaltningsdomstolarna avgör, se SOU 1991:106, s. 47.

[158] Se prop. 1973:90, s. 232–233; SOU 2008:125, s. 309–310; SOU 2023:12, s. 288; prop. 2024/25:165, s. 41.

konstitutionella rätten ställer upp och en verkställande funktion, i och med att domstolarna som institutioner medverkar till att verkställa eller genomdriva de normgivande aktörernas föreskrifter.[159] Härutöver går det dessutom att argumentera för att underrättsdomaren har en rättsbildande funktion.[160]

Utöver de konstitutionella funktioner som följer av regeringsformen följer även vissa funktioner av EU- och europakonventionsrätten. De svenska domstolarna och domarna ska idag inte enbart tolka och tillämpa svensk inhemsk rätt i sin rättstillämpning, utan ska även beakta och genomdriva EU-rätten och Europakonventionen. Svenska domstolar fyller således, på sätt och vis, även en funktion som ”europeiska domstolar”.[161]

I följande avsnitt ges en översiktlig redogörelse för de konstitutionella funktioner som underrättsdomaren har enligt den konstitutionella rätten och som normativt begränsar de funktioner som den rättstillämpande rollen kan omfatta, samt vissa rättsteoretiska beskrivningar av rättstillämpningens karaktär. Redogörelsen tar utgångspunkt i de konstitutionella funktioner som tilldelats de svenska domstolarna generellt, eftersom den konstitutionella rätten huvudsakligen riktar sig till domstolsväsendet som helhet och inte till underrätterna specifikt. De konstitutionella funktioner som tilldelats de svenska domstolarna analyseras i sin tur för att kunna redogöra för vad de innebär för underrättsdomaren i synnerhet. Underrättsdomarens konstitutionella funktioner ställs även i relation till framför allt den nationella lagstiftarens funktioner, i syfte att belysa och problematisera förhållandet mellan dessa två aktörer.

2.3.1.1 Tillämpning och verkställande

En av de huvudsakliga konstitutionella funktioner som tilldelats de svenska domstolarna, och således underrätterna, är funktionen att tillämpa de beslut som fattats av de konstitutionella aktörer som genom regeringsformen tilldelats normgivningskompetens. Den tillämpande funktionen följer framför allt av 1 kap. 1 § 3 st. regeringsformen som stadgar att ”den offentliga makten utövas under lagarna” i kombination med 1 kap. 8 § regeringsformen där det framgår att det ”för rättskipningen finns domstolar”. Rättskipning är den huvudsakliga offentliga makt som domstolarna har att utöva och i utövandet av denna makt är domstolarna bundna av lagarna. Härigenom framträder en konstitutionell funktion som består av att domstolarna ska utföra rättskipning genom tillämpning av lagar.

[159] SOU 2008:125, s. 309 tillsammans med prop. 1973:90, s. 233.

[160] Jfr SOU 2008:125, s. 309.

[161] Derlén, Lindholm och Naarttijärvi, 2025, s. 603–604. Jfr även Åhman, 2023, s. 42–47; Schütze, 2021, s. 410.

Ett annat sätt att se på stadgandet i 1 kap. 1 § 3 st. regeringsformen är att det ger uttryck för en makt- eller funktionsfördelning mellan de normgivande aktörerna och andra konstitutionella aktörer som inte tilldelats någon formell normgivningsmakt, som till exempel domstolarna. De normgivande aktörernas funktion särskiljs och säkras i förhållande till bland annat domstolarnas funktioner. Härigenom framstår även domstolarna som beroende av de normgivande aktörerna, i utförandet av sina konstitutionella funktioner. Stadgandet ger således också uttryck för en begränsning av vad domstolarnas konstitutionella funktioner och den rättstillämpande rollen formellt kan innefatta.[162]

Det bör här noteras att ”lagarna” i 1 kap. 1 § 3 st. regeringsformen inte enbart syftar på lagar enligt regeringsformens formella definition, det vill säga föreskrifter som meddelats av riksdagen, utan även syftar på andra meddelade föreskrifter och generella rättsliga normer som till exempel sedvanerätt.[163] I 1 kap. 4 § regeringsformen pekas riksdagen ut som den huvudsakliga normgivande aktören i egenskap av lagstiftare. Riksdagen utgör dock inte den enda normgivande aktören vars beslut de svenska domstolarna ska tillämpa enligt svensk konstitutionell rätt. Som tidigare framgått framgår av regeringsformen även att regeringen, myndigheter och kommuner kan meddela föreskrifter som utgör skriftliga rättsliga normer.[164] Dessa utgör således också normgivande aktörer som kan besluta om föreskrifter som de svenska domstolarna ska tillämpa.

Genom det svenska medlemskapet i EU har även en del av normgivningsmakten som tidigare innehafts av svenska normgivande aktörer delegerats till EU och dess institutioner. Utöver de svenska normgivande aktörerna, vars föreskrifter de svenska domstolarna ska tillämpa, finns det således även unionsrättsliga normgivande aktörer som kan besluta om rättsakter eller skapa andra former av rättsliga normer som domstolarna ska tillämpa.[165]

EU:s medlemsstater är skyldiga att ”vidta alla lämpliga åtgärder” för att säkerställa att unionsrättens alla regler och principer får ett effektivt genomslag.[166]

[162] Jfr Sterzel, 2009, s. 114.

[163] Se Sterzel, 2009, s. 118; KU:s bet. 1973:KU26, s. 59.

[164] Se 8 kap. 1 § och 3–13 §§ RF. Se även avsnitt 1.4.2.

[165] Se 10 kap. 6 § RF och 2–3 § EU-lagen. Se vidare Åhman, 2015, s. 169 f.; Bernitz, 2002, s. 107–108.

[166] Detta följer av principen om lojalt samarbete som kommer till uttryck i art. 4.3 fördraget om Europeiska unionen (FEU). Det svenska medlemskapet i EU den 1 januari 1995 har sin grund i det anslutningsfördrag som ingicks i förhållande till de sedan tidigare medlemsstaterna i EU. Av

En sådan åtgärd som vidtogs för svensk del inför EU-anslutningen var stiftandet av lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen (EU-lagen). Av 2–3 §§ EU-lagen följer att Sverige har införlivat hela unionsrätten i svensk rätt och att unionsrätten ska gälla med de verkningar som följer av fördragen. Detta innebär att unionsrätten ska gälla med den verkan som kan härledas från de principer för unionsrättens genomslag som Europeiska unionens domstol (EU-domstolen) utvecklat eller i framtiden kan komma att utveckla genom tolkning av fördragen.[167]

De svenska domstolarna har en central funktion att fylla för unionsrättens tillämpning och genomslag i Sverige. EU-domstolen har bland annat uttryckt att de nationella domstolarna och EU-domstolen tillsammans har att garantera att unionsrätten tillämpas fullt ut i alla medlemsstater.[168] Som ett led i detta ska de svenska domstolarna, och därmed även underrätterna, bland annat tillämpa EU-rättsliga förordningar som är direkt tillämpliga i Sverige och unionsrättsliga bestämmelser som har direkt effekt som om de vore svensk lag.[169]

Relaterat till den tillämpande funktionen har de svenska domstolarna även ansetts ha en verkställande funktion i den meningen att domstolarnas tillämpande verksamhet har ansetts innefatta ett verkställande av föreskrifter som beslutats av bland annat riksdag och regering. Till exempel uttalades i propositionen till 1974 års regeringsform att det skulle ankomma på riksdagen i rollen som det centrala statsorganet att fatta de grundläggande besluten genom lagstiftning, medan det skulle ligga på regering, domstolar och förvaltningsmyndigheter att tillämpa och verkställa dessa beslut.[170] Tillämpning och verkställande har således ansetts ha en nära koppling i svensk konstitutionell rätt.[171] Uppfattningen att

anslutningsfördraget framgår det även att Sverige, från dagen för anslutning, är bunden av de grundläggande fördragen och de rättsakter som beslutats av EU:s institutioner samt att dessa ska tillämpas utifrån de villkor som följer av fördragen och anslutningsfördraget, se Fördrag mellan Europeiska unionens medlemsstater och Konungariket Norge, Republiken Österrike, Republiken Finland och Konungariket Sverige om Konungariket Norges, Republiken Österrikes, Republiken Finlands och Konungariket Sveriges anslutning till Europeiska unionen, undertecknat den 24 juni 1994, EGT C 241 29.8.1994 (Anslutningsfördraget).

[167] Se Bernitz, 2002, s. 107–108.

[168] EU-domstolens yttrande 1/09, p. 68. EU-domstolens tolkning i detta hänseende vilar på bl.a. art. 4.3 FEU.

[169] Att förordningar är bindande och direkt tillämpliga i alla EU:s medlemsstater framgår av art. 288 fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). Principen om direkt effekt kommer inte till uttryck i något fördrag, utan har utvecklats genom EU-domstolens praxis, se t.ex. mål 26/62, *Van Gend en Loos*; mål 41/74, *Van Duyn*; mål 43/75, *Defrenne*. För vidare läsning, se Schütze, 2021, s. 151 f.

[170] Prop. 1973:90, s. 156. Se även prop. 1973:90, s. 233.

[171] Se Taube, 2020, s. 174–175.

domstolarnas konstitutionella funktioner även innefattar en verkställande funktion kan förklaras mot bakgrund av att domstolarna genom sin tillämpning bidrar till att de normgivande aktörernas föreskrifter realiseras.[172]

2.3.1.2 Tolkning

Regeringsformen innehåller inget uttryckligt stöd för att en av domstolarnas konstitutionella funktioner består av att tolka lag, föreskrifter eller andra former av rättsliga normer. Däremot kan det argumenteras för att en tolkande funktion följer indirekt eller som en funktionell konsekvens av att de svenska domstolarna enligt 1 kap. 1 § 3 st. regeringsformen ska utföra sin rättskipande verksamhet under lagarna.

En tillämpning av lagarna i ett enskilt mål, bör nämligen i förekommande fall kräva tolkning av lagstiftning eller andra rättsliga normer för att domaren ska kunna fastställa hur rätten ska tillämpas i det enskilda fallet. Det ligger i lagstiftningens natur att den inte kan formuleras på ett så exakt och bestämt sätt att det endast vore för domaren att läsa dess ordalydelse för att sedan mekaniskt tillämpa den på de sakomständigheter som föreligger i det mål som domaren har att döma i. Lagstiftning eller annan föreskrift kan vara vag, allmänt hållen eller på andra sätt oklar. Här tillkommer dessutom att det för lagstiftaren torde vara omöjligt att åstadkomma ett system av lagstiftning vars formuleringar täcker in alla de situationer som kan uppstå i praktiken och som rätten avser att reglera. Det ankommer således på domaren att i vissa fall genom tolkning fylla de luckor och lösa eventuella oklarheter som kan förekomma i systemet av lagar.[173]

Denna tolkande funktion torde inte enbart aktualiseras vid tillämpning av lagstiftning eller andra föreskrifter. Rätten i sin helhet och samtliga rättskällor som ger rättsliga normer auktoritet, giltighet och innehåll, som till exempel lagstiftning, förarbeten, praxis, doktrin, sedvana och allmänna rättsprinciper, kommer till uttryck genom språk. Språk är inte alltid tydligt eller klart och kan kräva tolkning för att få sin konkreta innebörd. Domaren behöver därför löpande ägna sig åt tolkning för att ge rätten ett innehåll som kan tillämpas i ett enskilt fall.[174]

Det kan också läggas till att varken riksdagen eller någon annan myndighet enligt 11 kap. 3 § regeringsformen får bestämma hur en domstol ska tillämpa en rättsregel i ett enskilt fall, vilket innebär att det är domstolarnas och domarnas

[172] Se Derlén, Lindholm och Naarttijärvi, 2025, s. 574.

[173] Se t.ex. Södergren, 2009, s. 146–147; Bull, 1999/2000, s. 803–804; Cappelletti, 1989, s. 4–6. Jfr även t.ex. Strömholm, Lyles och Valguarnera, 2020, s. 447; Hart, 2012, s. 124 f.; Peczenik, 1995, s. 289 f.

[174] Se Bull, 1999/2000, s. 803–804; Cappelletti, 1989, s. 3–6.

självständiga ansvar att genom tolkning komma fram till hur en rättsregel ska tillämpas i det enskilda fallet.[175]

Även om domstolarnas tolkande funktion kan sägas följa som en funktionell konsekvens av att domstolarna ska utföra sin rättskipande verksamhet under lagarna får det inte förbises att 1 kap. 1 § 3 st. regeringsformen, av dem som förespråkar en strikt tillämpning av stadgandet, förutsätter att domstolarnas tolkning sker restriktivt.[176] Att domstolarna ska utföra sin rättskipande verksamhet under lagarna kan således också förstås som en begränsning av vad domstolarna får göra inom ramen för sin tolkande funktion.

Hittills har redogörelsen främst avsett domstolarnas tolkning i syfte att fastställa en rättsregels innebörd inför tillämpning. Domstolarnas tolkningsfunktion kan dock syfta till mer än att enbart fastställa rättsreglers innebörd. Den tolkande funktionen kan också utföras för att undvika normkonflikter. Lagstiftning eller andra föreskrifter ska, i så hög grad som det är möjligt, tolkas så att de inte kommer i konflikt med föreskrifter av högre valör.[177] Här flyter domstolarnas tolkningsfunktion ihop med domstolarnas kontrollerande funktion, vilken berörs längre fram i avsnittet.

Domstolarna kan till exempel utföra grundlagskonform tolkning, vilket innebär att lagstiftning tolkas med beaktande av innehållet i grundlagen i syfte att undvika en normkonflikt och ett behov av normprövning.[178] En liknande tolkningsprincip har även utvecklats i förhållande till Europakonventionen. Redan innan konventionen införlivades som lag i svensk rätt började de svenska domstolarna tillämpa en princip om konventionskonform tolkning, det vill säga att svensk rätt ska tolkas mot bakgrund av de förpliktelser som följer av Europakonventionen.[179]

[175] Innebörden av denna bestämmelse utvecklas vidare i avsnitt 2.3.2.

[176] Jfr Sterzel, 2009, s. 114.

[177] Detta bör följa av den grundläggande principen *lex superior derogat legi inferiori,* som innebär att en högre föreskrift har företräde framför en lägre föreskrift, se Hellner, 1994, s. 91. Se även Derlén, Lindholm och Naarttijärvi, 2025, s. 575.

[178] Se t.ex. HFD 2014 ref. 44; NJA 2006 s. 467; NJA 2005 s. 805.

[179] Europakonventionen ratificerades i Sverige redan år 1952 och blev då bindande för Sverige som stat, i egenskap av ett folkrättsligt dokument. Till följd av den dualistiska traditionen kunde dock inte enskilda åberopa konventionen inför svensk domstol, se NJA 1973 s. 423. I målet *Sporrong & Lönnroth mot Sverige* (7151/75 & 7152/75), 23 september 1982, fälldes Sverige för första gången i Europadomstolen för att ha brutit mot konventionen. Europakonventionen kom efter denna fällning att få ett succesivt större genomslag i Sverige. NJA 1988 s. 572 som rörde en tilltalads rätt att begära huvudförhandling i hovrätt i brottmål har beskrivits som starten på HD:s utveckling av en praxis om konventionskonform tolkning, se Bernitz, 2010/11, s. 828. Redan i

Att prata om tolkning som en funktion kan eventuellt framstå som okonventionellt. Möjligtvis är det mer lämpligt att prata om tolkning som ett verktyg eller en metod som domstolarna kan använda sig av för att utföra sina övriga funktioner.[180] Sett till framför allt de krav på tolkning som följer av EU-rätten kan det dock finnas en poäng med att benämna domstolarnas tolkning som just en funktion och inte enbart ett verktyg eller en metod. Genom den av EU-domstolen utvecklade principen om indirekt effekt uppställs ett långtgående krav på de nationella domstolarna att tolka den nationella rätten i ljuset av unionsrätten, i syfte att uppnå en rättstillämpning som är förenlig med unionsrätten.[181] Härigenom framstår tolkningen som en egen självständig funktion, eftersom den i sig själv har ett eget konkret syfte. Tolkningen i dessa avseenden utgör inte endast ett medel för att kunna fastställa innebörden av och tillämpa en rättsregel, utan syftar till att genomdriva EU-rätten i den nationella rättsordningen.

2.3.1.3 Rättsbildning

Domstolarna har i den konstitutionellrättsliga regleringen inte givits någon uttrycklig rättsbildande uppgift eller funktion. Som tidigare beskrivits är det framför allt riksdagen i egenskap av lagstiftare, men även regering, förvaltningsmyndigheter och kommuner, som tilldelats normgivningskompetens och därmed en rättsbildande funktion enligt regeringsformen.[182] Domstolarna och domarna ska, som tidigare framgått, i enlighet med 1 kap. 1 § 3 st. regeringsformen utföra sin rättskipning ”under lagarna”. Trots att domarna således inte har tillskrivits någon formell rättsbildande funktion har det dock i

NJA 1981 s. 1205 hade dock HD uttryckt att Europakonventionen kunde belysa innebörden av sådana bestämmelser i regeringsformen som kommit till efter ratifikationen av konventionen. Se även RÅ 1988 ref. 79; NJA 1991 s. 188; NJA 1992 s. 532. Principen om konventionskonform tolkning har sin grund i en allmän tolkningsprincip med innebörden att nationell rätt ska tolkas i belysning av en stats internationella åtaganden, se prop. 1993/94:117, s. 37. Jfr NJA 2004 s. 255 där HD har uttryckt att det av allmänna rättsprinciper följer att svensk rätt ska tolkas i ljuset av Sveriges folkrättsliga åtaganden. Målet gällde dock inte en tolkning mot bakgrund av Europakonventionen, utan avsåg en tolkning utifrån Förenta nationernas havsrättskonvention, undertecknad i Montego Bay den 10 december 1982. Jfr även Axberger, 2018, s. 852. För vidare läsning om de svenska domstolarnas hantering av Europakonventionen, se även Victor, 2013, s. 343 f.

[180] Jfr Derlén, Lindholm och Naarttijärvi, 2025, s. 575 där tolkning benämns som ett verktyg.

[181] Se t.ex. mål 14/83, *von Colson*; mål C-106/89, *Marleasing*; förenade målen C-397-403/01, *Pfeiffer*. EU-domstolen har utvecklat principen om indirekt effekt mot bakgrund av principen om lojalt samarbete i art. 4.3 i FEU. Se även Derlén, Lindholm och Naarttijärvi, 2025, s. 604–609; Bernitz och Kjellgren, 2022, s. 120–124; Schütze, 2021, s. 177–184.

[182] Se 1 kap. 4 §, 8 kap. 1 § och 3–13 §§ RF. Se även avsnitt 1.4.2.

litteraturen argumenterats för att domarna kan, och i vissa fall behöver, fylla en viss rättsbildande funktion inom ramen för sin rättstillämpande roll.[183]

Enligt vad som numera torde vara att betrakta som en förenklad uppfattning om rättstillämpningens karaktär kan rättstillämpning betraktas som en okomplicerad och näst intill mekanisk verksamhet. Rättstillämpning kan i enlighet med detta betraktelsesätt förstås som en process som i huvudsak innefattar två steg. Det första steget består av att domaren genom subsumtion inordnar en konkret beskrivning av en händelse eller omständighet under en generell ordalydelse av en bestämmelse i lag. Det andra steget består av att domaren mot bakgrund av subsumtionen kommer fram till en slutsats med handlingsdirigerande innehåll.[184]

Domarens rättstillämpning kan i överensstämmelse med denna beskrivning uppfattas som begränsad och endast innefatta en mekanisk tillämpning av lagen, utan vidare utrymme för tolkning eller rättsbildning. En sådan uppfattning gör sig exempelvis gällande i Montesquieus klassiska maktdelningslära där domaren beskrivs som *bouche de la loi*, lagens mun, vars enda uppgift är att tillämpa lagens bokstav i enskilda fall.[185] Att beskriva rättstillämpning på detta sätt utgör dock en kraftig förenkling av vad rättstillämpning innebär och många torde idag vara av uppfattningen att rättstillämpning inte alltid är fullt så enkel.[186]

Innan jag går vidare i redogörelsen om domarens rättsbildande funktion bör något sägas om hur begreppen rättsbildning, rättsskapande och rättsutveckling används i avhandlingen. Begreppet *rättsbildning* används i avhandlingen som ett samlingsbegrepp för en funktion som kan omfatta både rättsskapande och rättsutveckling.

Med *rättsskapande* avses en glidande skala av kreativt arbete som en domare behöver ägna sig åt i situationer då rättskällorna inte tillhandahåller direkta och tydliga svar på de rättsfrågor som domaren i ett enskilt mål behöver besvara för att kunna avgöra målet. Till följd av att en domare kan ställas inför situationer då rättskällorna inte ger svar på de rättsfrågor som domaren behöver besvara inom

[183] Se t.ex. Södergren, 2009, s. 146; Bull, 1999/2000, s. 803–804; Cappelletti, 1989, s. 4–6.

[184] Se Strömholm, Lyles och Valguarnera, 2020, s. 419–420. Jfr även Shapiro, 1981, s. 1.

[185] Se Montesquieu, 1989, Bok 11 kapitel 6, s. 163; Cappelletti, 1989, s. 126, 137, 191–192. Det kan dock noteras att Montesquieus beskrivning av domaren som lagens mun antagligen var en normativ beskrivning avsedd att begränsa domarens makt, snarare än en deskriptiv beskrivning av domarens faktiska rättstillämpning, se Guarnieri och Pederzoli, 2002, s. 5.

[186] Se Strömholm, Lyles och Valguarnera, 2020, s. 419. För exempel på uppfattningar om att domarens rättstillämpning inte alltid består av en mekanisk tillämpning av lagstiftning, utan i ställer innefattar en mer komplex och kreativ process hos domaren se t.ex. Wiklund, 2014(2), s. 346 med hänvisning till Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, Harvard, 1997, s. 23 f.; Bull, 1999/2000, s. 802–803; Cappelleti, 1989, s. 3 f.

ramen för ett mål, nödgas domaren in i ett kreativt arbete i form av att tolka, anpassa, konkretisera eller fylla ut rättskällorna mot bakgrund av de sakomständigheter som föreligger i målet som domaren har att döma i.

Med *rättsutveckling* avses i stället att domaren med hänsyn till samhällsutvecklingen antingen avviker från gällande rätt, eller tolkar och tillämpar rätten i ett enskilt fall på ett sätt som enligt domaren är mer anpassat efter rådande förhållanden i samhället jämfört med hur rätten tidigare har tolkats och tillämpats. Rättsskapande och rättsutveckling avser således olika former av rättsbildning, men båda bidrar till bildandet av ny eller förändrad rätt i ett enskilt fall.

Vad beträffar domstolarnas rättsskapande funktion har det redan i föregående avsnitt om domstolarnas tolkning redogjorts för att det ligger i lagstiftningens och andra rättskällors natur att de inte är utformade på ett så exakt och bestämt sätt att det endast vore för domaren att läsa dess ordalydelse för att sedan mekaniskt tillämpa den på de sakomständigheter som föreligger i det mål som domaren har att döma i. Det torde dessutom vara omöjligt för lagstiftaren att åstadkomma ett system av lagstiftning vars formuleringar täcker in alla de situationer som verkligheten erbjuder och som rätten avser att reglera. Därför kan det krävas att domaren tolkar rättsliga normer för att kunna fatta ett beslut i det enskilda fallet.

I kontrast till beskrivningen av domarens rättstillämpning som en mekanisk verksamhet menar vissa att det inte finns en skarp gräns mellan en domares tolkning och rättsskapande. De som är av denna uppfattning brukar bland annat hävda att rättstillämpning handlar om en glidande skala av kreativt arbete som domaren utför, eller att all form av tolkning också innefattar ett moment av rättsskapande. Oavsett om domaren tolkar redan befintliga rättsliga normer eller om domaren konstruerar helt nya kan det ses som en form av rättsskapande som domaren utför i syfte att avgöra det mål som domaren har framför sig.[187] Det kan dock noteras att denna uppfattning framför allt tar sikte på en deskriptiv beskrivning av rättstillämpningens karaktär. Den besvarar därmed inte frågan om, och i vilken utsträckning, en sådan rättsskapande verksamhet är legitim eller inte inom ramen för exempelvis 1 kap. 1 § 3 st. regeringsformen.

Att de högsta domstolsinstansernas rättstillämpning kan innefatta ett rättskapande har dock fått ett visst erkännande i svensk rätt genom att deras huvudsakliga uppgifter beskrivs vara att vägleda rättstillämpningen genom

[187] Se t.ex. Derlén, Lindholm och Naarttijärvi, 2025, s. 574; Södergren, 2009, s. 146; Cappelletti, 1989, s. 4–6. Jfr även Guarnieri och Pederzoli, 2002, s. 5; Bull, 1999/2000, s. 803–804; Kelsen, 1945, s. 153 f.

prejudikatbildande verksamhet.[188] Beträffande Högsta domstolen framgår det av 54 kap. 10 § 1 st. 1 p. rättegångsbalken att prövningstillstånd får meddelas om ”det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av Högsta domstolen […].” Motsvarande bestämmelse finns för beviljande av prövningstillstånd till Högsta förvaltningsdomstolen i 36 § förvaltningsprocesslagen. Även hovrätternas och kammarrätternas rättsskapande har fått ett motsvarande erkännande.[189] Att också underrätterna skulle ha en rättsskapande funktion har däremot inte kommit till uttryck lika tydligt i rätten.[190]

När det kommer till en rättsutvecklande funktion, i den mening som avses i denna avhandling, har Högsta domstolen i ett beslut meddelat den 19 februari 2025 gett uttryck för att domstolarna har en sådan funktion. Högsta domstolen betonar dock att det finns en gräns för hur långt domstolarnas rättsutvecklande funktion kan gå, utan att inkräkta på de politiska aktörernas funktioner:

> Det är en uppgift för lagstiftaren att göra de anpassningar som följer av olika samhällsförändringar, men också för domstolarna. […] En sådan utveckling genom rättstillämpningen måste ske med eftertanke och urskillning, med beaktande av rättsområdets karaktär och de konstitutionella och i övrigt rättsliga följdverkningarna, liksom med hänsyn till praktiska konsekvenser. Det finns dock en gräns för hur långt utvecklingen kan gå, utan att domstolsprövningen kommer att omfatta frågor som bör hänföras till den politiska sfären.[191]

Högsta domstolen anger dock ingen tydlig grund för uttalandet.

2.3.1.4 Kontroll och normprövning

I korta ordalag består domarens kontrollerande funktion av att kontrollera att den lagstiftande och verkställande makten agerar inom ramen för den konstitutionella rätten. Underrättsdomaren ska, som en del av det svenska domstolsväsendet, värna rättsstaten och de enskilda medborgarnas rättigheter samt sörja för att de föreskrifter som beslutats i enlighet med demokratisk ordning tillämpas korrekt.[192]

[188] Se prop. 2007/08:139, s. 21; prop. 2004/05:131, s. 173; prop. 1971:45, s. 83 beträffande HD. Vad avser HFD se prop. 2012/13:45, s. 133 och prop. 1971:30, s. 72 f.

[189] Se prop. 2004/05:131, s. 171 vad avser hovrätternas rättsbildande ansvar. Se även 49 kap. 14 § 1 st. 3 p. RB respektive 34 a § 2 st. 3 p. FPL.

[190] Jfr dock SOU 2008:125, s. 309 där det uttrycks att domstolarna, i generell bemärkelse, även har rättsskapande uppgifter.

[191] Högsta domstolens beslut, mål nr. Ö 7177-23, meddelat den 19 februari 2025, p. 52–53.

[192] Jfr SOU 2008:125, s. 309.

Det tydligaste uttrycket i regeringsformen för underrättsdomarens kontrollerande funktion är att underrättsdomaren har en rätt och skyldighet att utföra normprövning.[193] Förenklat kan normprövning beskrivas gå ut på att en föreskrift på en lägre nivå i normhierarkin prövas mot en föreskrift på en högre nivå.[194]

Normprövning kan betraktas som en nödvändighet i ett rättssystem som bygger på att de rättsliga normerna är inordnade i en hierarki. För att normhierarkin ska ha en funktion och rättssystemet ska hålla ihop krävs att de underordnade normerna inte strider mot de överordnade normerna i hierarkin. Normprövning kan således ses som en garant för upprätthållandet av normhierarkin.[195] Härutöver utgör normprövning ett skydd för enskildas fri- och rättigheter.[196] De enskildas fri- och rättigheter tillförsäkras framför allt genom de svenska grundlagarna, Europakonventionen och EU-rätten. Genom normprövning kan domstolarna därför åsidosätta lag eller annan föreskrift som strider mot fri- eller rättighetsskyddet.[197]

Trots att normprövning kan ses som en naturlig del av ett rättssystem och som en garant för fri- och rättighetsskyddet kan normprövning även betraktats som ett kontroversiellt fenomen.[198] Normprövningens kontroversiella karaktär följer huvudsakligen av vad som brukar benämnas som *the counter-majoritarian difficulty*.[199] Med detta avses att normprövning är problematiskt utifrån ett demokratiskt perspektiv, eftersom prövningen innebär att domstolen kan åsidosätta lagstiftning som beslutats av den demokratiskt valda lagstiftaren. Genom att åsidosätta lag går domstolen emot den demokratiskt utsedda lagstiftarens vilja, vilket även medför en begränsning av lagstiftarens makt.[200] Domstolarnas

[193] Jfr prop. 1973:90, s. 200–201. Till följd av vissa uttalanden i förarbetena avseende domstolarnas normprövningsrätt föreligger det en viss oklarhet huruvida domstolarna ska utföra prövningen ex officio eller inte. I förarbetena uttalas att domstolarna är skyldiga att i princip utföra normprövning ex officio. Uttalandet åtföljs dock av ett fler reservationer, vilket försvårar tolkningen av uttalandets innebörd, se prop. 1978/79:195, s. 40. Se även prop. 1975/76:209, s. 93–94.

[194] Prop. 2009/10:80, s. 141. Jfr även Åhman, 2011, s. 19; Kelsen, 1945, s. 124.

[195] Se t.ex. Derlén, Lindholm och Naarttijärvi, 2025, s. 576; Nergelius, 2024, s. 244; Åhman, 2011, s. 22 f.; Bull, 2000/01, s. 32; Kelsen, 1945, s. 124 och 157.

[196] Se t.ex. prop. 2009/10:80, s. 147; SOU 2008:125, s. 380; Åhman, 2011, s. 25.

[197] Åhman, 2011, s. 25–26.

[198] Se t.ex. Derlén, Lindholm och Naarttijärvi, 2025, s. 576; Lafont, 2019, s. 266–268; Ginsburg, 2003, s. 21; Bull, 1999/2000, s. 804–806.

[199] Benämningen användes första gången av Bickel, 1962, s. 16.

[200] Se t.ex. Södergren, 2009, s. 147; Holmström, 1998, s. 432; Bickel, 1962, s. 16.

normprövning av lagstiftning kan således leda till en viss spänning i förhållandet mellan den dömande och den lagstiftande makten.[201]

Till spänningen bidrar även att de överordnade normerna i form av bland annat fri- och rättighetsbestämmelser ofta är vagt formulerade, vilket ger större tolkningsutrymme för domstolarna. Domstolarnas tolkning av de överordnade normer som normprövning många gånger innefattar kan därför även kritiseras för att innebära en form av rättsbildning, som inkräktar på den lagstiftande maktens kompetens.[202]

Sverige har historiskt ansetts ha ett förhållandevis begränsat normprövningssystem, vilket framför allt har sammankopplats med en stark betoning på folksuveränitet.[203] I litteraturen har det dock uttalats att den bestämmelse om domstolarnas normprövning som finns i regeringsformen idag bör motsvara den reglering om normprövning som finns i andra konstitutioner i Europa.[204]

Av 11 kap. 14 § 1 st. regeringsformen framgår att en domstol ska underlåta att tillämpa en föreskrift om domstolen finner att den strider mot grundlag eller annan överordnad författning. Detsamma gäller om domstolen finner att stadgad ordning har åsidosatts på ett väsentligt sätt vid föreskriftens tillkomst. I enlighet med bestämmelsens andra stycke ska domstolarna särskilt beakta ”att riksdagen är folkets främsta företrädare och att grundlag går före lag” när prövningen enligt första stycket gäller tillämpningen av lag. [205]

Normprövningsrätten enligt regeringsformen är decentraliserad och konkret, vilket innebär att samtliga svenska domstolar och domstolsinstanser ska utföra

[201] Se Södergren, 2009, s. 148.

[202] Se t.ex. Södergren, 2009, s. 147–148; Bull, 1999/2000, s. 803–805. Jfr även Stone Sweet, 2012, s. 819 med hänvisning till Hans Kelsen, La garantie juridictionnelle de la constitution, i *Revue de Droit Public*, 1928.

[203] Se t.ex. Åhman, 2024, s. 260; Taube, 2020, s. 187; Södergren, 2009, s. 149–150. De svenska domstolarnas normprövningsrätt grundlagsfästes i Sverige först år 1980, se SFS 1979:933. De svenska domstolarna hade dock utfört normprövning långt innan dess, se t.ex. NJA 1928 s. 88, NJA 1934 s. 515; RÅ 1978 1:29. I NJA 1964 s. 471 prövades för första gången huruvida en samfälld stiftad lag, den s.k. butiksstängningslagen, var förenlig med 1809 års regeringsform. För vidare läsning om den svenska normprövningsrättens historia, se Sunnqvist, 2014; Stjernquist, 1999, s. 69–82; Nergelius, 1996, s. 660 f.

[204] Taube, 2020, s. 188.

[205] I regeringsformen används begreppet lagprövning i stället för normprövning, fastän prövningen även omfattar andra normer än lagstiftning. I avhandlingen kommer begreppet normprövning att användas, eftersom det är ett vidare begrepp som tydligare förmedlar att prövningen kan avse normer av olika valörer och inte endast prövning mellan lag och grundlag, se även Nergelius, 2022, s. 324–325 fn. 63.

normprövning i ett mål om det uppstår en situation som kräver det.[206] Kompetensen att utföra normprövning tillkommer inte ett exklusivt enskilt organ, utan frågan om en föreskrifts förenlighet med en annan föreskrift av högre konstitutionellt värde eller huruvida stadgad ordning har åsidosatts på ett väsentligt sätt vid en föreskrifts tillkomst kan uppstå i alla domstolar och inom ramen för alla måltyper. Underrättsdomare verksamma i tings- eller förvaltningsrätt kan således ställas inför en situation då normprövning ska utföras. Frågan måste dock uppkomma inom ramen för ett faktiskt mål och svaret är beroende av föreskriftens konkreta tillämpning utifrån förutsättningarna i målet.[207]

Om en svensk domstol efter normprövning kommer fram till att en bestämmelse eller föreskrift inte ska tillämpas i enlighet med 11 kap. 14 § 1 st. regeringsformen får beslutet endast verkan inom ramen för det mål som prövningen skett. Ett beslut att underlåta tillämpning av en föreskrift till följd av normprövning kan dock få prejudicerande effekt i framtida mål, framför allt om beslutet kommer från högsta domstolsinstans. Ett beslut om åsidosättande fattat av de högsta domstolsinstanserna har även potential att leda till att den aktuella föreskriften ändras eller upphävs.[208]

Andra stycket i 11 kap. 14 § regeringsformen kan betraktas som en påminnelse till de normprövande domstolarna om folksuveränitetsprincipen, men utgör samtidigt en betoning av det hierarkiska förhållandet mellan grundlag och lag. Hur dessa delvis motstridiga upplysningar ska förenas eller förstås framgår inte helt tydligt av förarbetena. I propositionen framgår dock att det andra stycket utgör en påminnelse om att riksdagen ska betraktas som ”grundlagens främsta uttolkare”.[209] Möjligtvis kan det andra stycket även ses som en sorts uppmaning till domstolarna att vara mer överseende vid normprövning som omfattar riksdagens lagar, samtidigt som domstolarna även uppmanas att se till att grundlagen ges företräde vid konflikt med lag. Den senare uppmaningen kan

[206] Härutöver kan även samtliga svenska myndigheter utföra normprövning, vilket framgår av 12 kap. 10 § RF. Eftersom avsnittet emellertid handlar om underrättsdomarens konstitutionella funktioner lämnas övriga myndigheters normprövning därhän.

[207] Prop. 2009/10:80, s. 145–146; SOU 2008:125, s. 364–365. Jfr även Sajó och Uitz, 2017, s. 339–340; Cappelletti, 1970, s. 1034–1037.

[208] Prop. 2009/10:80, s. 145–146; SOU 2008:125, s. 364–365. Jfr även Sajó och Uitz, 2017, s. 339–340; Cappelletti, 1970, s. 1034–1037.

[209] Prop. 2009/10:80, s. 148.

möjligtvis särskilt avse normprövningssituationer som involverar fri- och rättigheter i grundlagarna.[210]

Underrättsdomaren ska även utföra normprövning mellan nationella föreskrifter och föreskrifter på europarättslig nivå. Vad beträffar Europakonventionen framgår det av 2 kap. 19 § regeringsformen att svensk lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med Europakonventionen. Bestämmelsen innebär att Europakonventionen har givits en högre status än annan svensk lag i normhierarkin, fastän Europakonventionen i sig har inkorporerats i svensk rätt genom lag. Europakonventionen har genom 2 kap. 19 § regeringsformen således inte givits grundlagsstatus, men att meddela en lag eller annan föreskrift i strid med Europakonventionen är grundlagsstridigt enligt bestämmelsen.[211]

Bestämmelsen i 2 kap. 19 § regeringsformen riktar sig direkt till de nationella normgivande organen, men innebär även att domstolarna med stöd av bestämmelsen behöver utföra normprövning i enlighet med 11 kap. 14 § regeringsformen i de fall lag eller annan föreskrift meddelats i strid med Europakonventionen.[212] I propositionen inför inkorporeringen av Europakonventionen har det dock uttryckts att de rättstillämpande organen vid tvekan om det föreligger en konflikt mellan svensk lag och konventionen, i första hand och i den mån det är möjligt, genom tolkning ska försöka ge lagen ett innehåll som överensstämmer med de krav som följer av konventionen. Normprövning i enlighet med 11 kap. 14 § regeringsformen har i propositionen framställts som ett sistahandsalternativ för de rättstillämpande organen att tillgripa i de fall då det föreligger en verklig konflikt mellan annan svensk lag och Europakonventionen.[213]

Domstolarnas normprövning mellan svensk rätt och Europakonventionen grundas som framgått på 2 kap. 19 § och 11 kap. 14 § regeringsformen. Vid normprövning mellan svensk rätt och EU-rätt förhåller sig det dock annorlunda. De svenska domstolarnas normprövning mellan svensk rätt och EU-rätt grundar sig inte på normprövningsregeln i regeringsformen, bland annat eftersom ordalydelsen ”annan överordnad författning” i 11 kap. 14 § regeringsformen inte har ansetts omfatta de EU-rättsliga källorna.[214] Normprövningen mellan svensk rätt och EU-rätt har i stället sin huvudsakliga grund i EU-rätten. Genom EU-

[210] Se prop. 2009/10:80, s. 148; SOU 2008:125 s. 380–382. Jfr även Derlén, Lindholm och Naarttijärvi, 2025, s. 629–630; Bull och Sterzel, 2023, s. 273–274.

[211] Prop. 1993/94:117, s. 36–37.

[212] Prop. 1993/94:117, s. 36.

[213] Se prop. 1993/94:117, s. 36–38. Se även Bull och Sterzel, 2023, s. 93.

[214] SOU 1993:14, s. 159. Jfr även SOU 2007:85, s. 39; prop. 1993/94:114, s. 27.

rätten har de svenska domstolarna en skyldighet att utföra en prövning avseende den svenska rättens förenlighet med EU-rätten och att åsidosätta svensk rätt i den omfattning det krävs för att de EU-rättsliga reglerna ska ges ”full verkan”.[215]

Sverige har dock inte fullt ut accepterat EU-rättens företräde. Av 10 kap. 6 § regeringsformen, som utgör den konstitutionella grunden för riksdagens kompetensöverlåtelse till EU, framgår att sådan överlåtelse inte får avse principerna för statsskicket. Härutöver kräver en kompetensöverlåtelse att EU upprätthåller ett fri- och rättighetsskydd som motsvarar det som finns i regeringsformen och i Europakonventionen. Bestämmelsen har dock kritiserats i litteraturen för att vara oklar och det har även framförts att dess praktiska betydelse bör vara begränsad.[216]

2.3.2 Oberoende och självständighet

I och med att domstolarna bland annat har till uppgift att kontrollera att andra konstitutionella aktörers maktutövning håller sig inom den ram som den konstitutionella rätten ställer upp, är det viktigt att domstolarna och domarna är oberoende respektive självständiga i förhållande till dessa aktörer.[217] Domstolarnas oberoende och domarnas självständighet utgör dessutom ett skydd för den enskilde medborgaren som ska få sin sak prövad av en domstol. Medborgaren ska inte behöva oroa sig för att otillbörliga intressen påverkar domstolens prövning, utan ska kunna känna sig trygg med att prövningen sker utifrån rättsliga grunder.[218]

Det finns flera konstitutionella bestämmelser som på olika sätt och nivåer behandlar de svenska domstolarnas och domarnas oberoende respektive självständighet i förhållande till andra konstitutionella aktörer. I detta avsnitt kommer endast de bestämmelser i regeringsformen som berör rättskipningens oberoende och underrättsdomarens, i egenskap av ordinarie domare, självständighet att behandlas.

Det kan noteras att regeringen genom propositionen *Stärkt skydd för demokratin och domstolarnas oberoende* har föreslagit ett antal ändringar i regeringsformen i syfte att stärka skyddet för domstolarnas och domarnas oberoende respektive

[215] Mål 106/77, *Simmenthal II,* p. 22. För en vidare läsning se Claes, 2006, s. 69 f.

[216] Bernitz och Kjellgren, 2022, s. 108–109. För vidare läsning, se Åhman, 2015, s. 355 f.

[217] I denna avhandling används begreppet oberoende om domstolarna som institutioner och begreppet självständighet om domarna som individer, se Derlén, Lindholm och Naarttijärvi, 2025, s. 591 med fn. 109 där begreppen används på motsvarande sätt.

[218] Se Taube, 2020, s. 178. Jfr även prop. 2024/25:165, s. 40–41; SOU 2023:12, s. 119; prop. 2009/10:80, s. 126; SOU 2008:125, s. 313–314.

självständighet. Dessa ändringar har föreslagits träda i kraft den 1 april 2027 och berörs i vissa delar översiktligt i den fortsatta framställningen.[219]

I sammanhanget bör det nämnas att det finns en diskussion om huruvida konstitutionella bestämmelser rörande domstolarnas och domarnas oberoende respektive självständighet är det som är avgörande för deras faktiska oberoende och självständighet i förhållande till andra konstitutionella aktörer. Forskare inom bland annat statsvetenskap och rättsvetenskap har försökt studera vilka faktorer som är avgörande för domstolarnas och domarnas faktiska oberoende samt självständighet. Medan vissa studier har funnit ett nära orsakssamband mellan konstitutionella bestämmelser och faktiskt oberoende respektive självständighet, har andra studier inte kunnat visa ett sådant samband.[220]

Utöver konstitutionella bestämmelser har det i litteraturen bland annat framförts att domstolarnas och domarnas faktiska oberoende respektive självständighet bör vara beroende av rättskulturen i en nation. Det har i sammanhanget hävdats att en rättskultur som understödjer domstolarnas och domarnas oberoende respektive självständighet i sin tur är beroende av den politiska kulturen. För att uppnå en rättskultur präglad av ett oberoende domstolsväsende krävs därför ett samarbete mellan det politiska ledarskapet och den juridiska professionen.[221]

2.3.2.1 Domstolarnas oberoende i rättskipningen

Bestämmelserna i 11 kap. 3–5 §§ regeringsformen avser att skydda domstolarnas oberoende[222] i den rättskipande verksamheten, det vill säga att ingen annan aktör ska kunna påverka domstolarnas dömande verksamhet. Av 11 kap. 3 § första meningen regeringsformen framgår att ingen annan myndighet, eller riksdagen, får avgöra hur en domstol ska döma i ett enskilt fall. Den andra meningen stadgar att ingen annan myndighet än domstolen får bestämma hur dömande uppgifter ska delas upp mellan enskilda domare.

Paragrafens första mening innebär ett förbud mot riktlinjer avseende hur en domstol ska utföra sin dömande och rättstillämpande verksamhet i enskilda fall. Domstolarna ska vid den dömande och den rättstillämpande verksamheten följa gällande rättsregler. Om någon myndighet utan rättsligt stöd skulle meddela

[219] Se prop. 2024/25:165.

[220] Jfr Melton och Ginsburg, 2014, s. 187 f.

[221] Se Shetreet, 2011, s. 17–18.

[222] Rubriken till dessa paragrafer i regeringsformen lyder dock ”rättskipningens självständighet”. Eftersom dessa paragrafer dock avser domstolarna som institutioner har jag valt att använda begreppet oberoende i stället för självständighet, jfr fn. 217.

allmänna föreskrifter för att leda domstolarnas handlande, är domstolarna däremot inte skyldiga att följa dessa.[223]

Vad avser de lägre domstolsinstanserna såsom tings- och förvaltningsrätt avser bestämmelsen i 11 kap. 3 § regeringsformen inte situationer då en överrätt efter överklagande undanröjer ett avgörande från en lägre domstolsinstans, med skälet att avgörandet var felaktigt och därefter förvisar ärendet åter till den lägre instansen. Den lägre domstolsinstansen är vid den nya handläggningen av ärendet i vissa delar skyldig att lägga överrättens avgörande till grund för sitt eget. Denna ordning följer av instansordningen som medför att en underinstans inte kan pröva en fråga som redan avgjorts av en överinstans.[224]

Även den andra meningen i 11 kap. 3 § regeringsformen avser att markera domstolarnas oberoende och innebär att ingen annan myndighet än domstolen ska kunna bestämma om fördelningen av mål mellan enskilda domare och rotlar. Däremot utgör bestämmelsen till exempel inget hinder mot att riksdagen genom lag lämnar föreskrifter som rör lottningen av domstolarnas inkomna mål.[225]

Av 11 kap. 4 § regeringsformen framgår ett förbud för riksdagen att fullgöra rättskipningsuppgifter om det inte finns stöd i grundlag eller i riksdagsordningen. Bestämmelsen syftar huvudsakligen till att garantera funktionsfördelningen mellan riksdagen och domstolarna, men har också relevans för utformningen av lagstiftning. Riksdagen ska genom beslut om lagstiftning inte kunna avgöra enskilda fall. Av bestämmelsen följer därmed att den lagstiftning som riksdagen beslutar om måste ha ett innehåll som gör lagstiftningen generellt tillämplig.[226]

När det kommer till rättstvister mellan enskilda framgår av 11 kap. 5 § regeringsformen att sådana tvister inte får avgöras av andra myndigheter än domstolar, om inte annat framgår av lag. Med rättstvister mellan enskilda avses tvister som handlar om inbördes rättigheter, skyldigheter eller rättsliga ställning mellan enskilda. Däremot avses inte tvister där en enskild har motsatt sig en ansökan gjord av en annan enskild och där offentligrättsliga synpunkter är avgörande för utgången. Avsikten med bestämmelsen är enligt förarbetena att rättstvister mellan enskilda som huvudregel ska avgöras av domstol, om de enskilda inte kan komma överens utan hjälp från det allmänna. Om det däremot bedöms ändamålsenligt ska det enligt lag vara möjligt att även tillskriva nämnda rättskipningsuppgifter till annan myndighet.[227]

[223] Prop. 1973:90, s. 383.
[224] SOU 1972:15, s. 196–197.
[225] Prop. 2009/10:80, s. 286.
[226] Se prop. 1973:90, s. 401–402.
[227] Prop. 1973:90, s. 385.

Trots att det förefaller finnas en konsensus om att den nuvarande regleringen i regeringsformen i väsentliga delar skyddar domstolarnas och domarnas oberoende respektive självständighet har regeringen som tidigare nämnts föreslagit ett antal ändringar i syfte att skapa ett långsiktigt och starkare skydd.[228] För närvarande saknas en uttrycklig bestämmelse i regeringsformen om domstolarnas oberoende.[229] Även om nuvarande reglering i regeringsformen innefattar krav och skyddar olika aspekter av domstolarnas oberoende anser regeringen ”att det finns ett värde i att principen om domstolarnas oberoende kommer till direkt uttryck i regeringsformen.”[230] Regeringen har därför, i enlighet med förslaget från 2020 års grundlagskommitté, föreslagit att det i 1 kap. 8 § regeringsformen ska framgå att rättskipningen utövas av oberoende domstolar. Denna bestämmelse ska ha en bredare innebörd än det krav och skydd som redan följer av 11 kap. 3 § regeringsformen. Genom att införa ett uttryckligt krav på oberoende domstolar anser regeringen att det tydliggörs att oberoendet även avser andra aspekter utöver domstolarnas och domares rättstillämpning i enskilda mål. Härutöver innebär förslaget enligt regeringen även en förstärkning och ett tydliggörande av domstolarnas och domarnas konstitutionella ställning.[231]

2.3.2.2 Den ordinarie domarens självständighet

Även om ordalydelsen i 11 kap. 3 § första meningen regeringsformen är utformad på ett sådant sätt att den avser en domstols oberoende i förhållande till externa myndigheter har den också ansetts omfatta enskilda domares självständighet i dömandet, såväl externt som internt i förhållande till andra domare och anställda vid domstolen.[232] Härutöver har det framförts att legalitetsprincipen i 1 kap. 1 §, objektivitetsprincipen i 1 kap. 9 § och kravet på rättvis rättegång i 2 kap. 11 § 2 st. regeringsformen innefattar krav på att den enskilde domaren ska vara självständig.[233]

En annan viktig fråga som rör den ordinarie domarens självständighet är hur utnämningen av ordinarie domare går till. Ordningen för domarutnämningar är även av betydelse för att domstolarna som institutioner, och domarna i sig, ska

[228] Prop. 2024/25:165, s. 43-46.

[229] Prop. 2024/25:165, s. 43.

[230] Prop. 2024/25:165, s. 47.

[231] Prop. 2024/25:165, s. 47–48. Jfr med SOU 2023:12, s. 287 f.

[232] Se prop. 2024/25:165, s. 42; SOU 2023:12, s. 279; SOU 2000:99, s. 198. På förordningsnivå finns det även bestämmelser som föreskriver att domstolarna i administrativa ärenden ska avgöras med beaktande av ”den enskilde domarens självständighet i dömande och rättstillämpande uppgifter, se bl.a. 31 § tingsrättsinstruktionen och 29 § förvaltningsinstruktionen.

[233] Prop. 2024/25:165, s. 45.

uppbära förtroende hos allmänheten. Utnämningsförfarandet ska inte framstå som godtyckligt eller grundat på andra aktörers intressen.[234]

Ordinarie domare i Sverige tillsätts idag efter utnämning av regeringen, vilket framgår av 11 kap. 6 § regeringsformen. Vid utnämningen ska vikt endast läggas vid sakliga grunder som förtjänst och skicklighet.[235] Om det inte finns särskilda skäl för något annat ska skickligheten sättas främst.[236] Grunderna för utnämningsförfarandet ska meddelas i lag, vilket också skett genom lagen (2010:1390) om utnämning av ordinarie domare (utnämningslagen).[237]

I utnämningslagen framgår att ärenden om utnämning ska beredas i Domarnämnden.[238] Domarnämnden har i uppgift att till regeringen lämna förslag i utnämningsärenden avseende ordinarie domare. Domarnämnden ska även genom ett aktivt och långsiktigt arbete sörja för att behovet av rekrytering av ordinarie domare blir tillgodosett.[239]

Det förslag som Domarnämnden lämnar till regeringen ska motiveras och får inte överklagas.[240] Regeringen är dock inte bunden av det förslag som Domarnämnden lämnar, men brukar i praktiken följa nämndens förslag.[241] Om regeringen däremot skulle utnämna någon som nämnden inte har föreslagit ska nämnden beredas tillfälle att yttra sig över den som utnämnts.[242] Om ett sådant yttrande har inhämtats finns det inget hinder mot att regeringen utnämner någon eller några andra än de som föreslagits av Domarnämnden.[243]

En ordinarie domare som blivit utnämnd av regeringen anställs sedermera med fullmakt.[244]

Som en del i att stärka skyddet för domstolarnas och domarnas oberoende respektive självständighet har regeringen, i propositionen *Stärkt skydd för demokratin och domstolarnas oberoende,* även kommit med förslag om ändringar i ordningen för utnämningar av ordinarie domare. Regeringen har där föreslagit att det av regeringsformen ska framgå ”att regeringen utnämner ordinarie domare

[234] Se SOU 2008:125, s. 319–320; Taube, 2020, s. 179. Jfr även prop. 2024/25:165, s. 75; SOU 2023:12, s. 280.

[235] 11 kap. 6 § 2 st. RF.

[236] 4 § 2 st. lagen (1994:260) om offentlig anställning.

[237] 11 kap. 6 § 3 st. RF.

[238] 2 § utnämningslagen.

[239] 3 § utnämningslagen.

[240] 9–10 §§ utnämningslagen.

[241] 11 § utnämningslagen tillsammans med Taube, 2020, s. 180.

[242] 11 § utnämningslagen.

[243] Prop. 2009/10:80, s. 134; prop. 2009/10:181, s. 80.

[244] 3 § lagen (1994:261) om fullmaktsanställning.

efter förslag av ett särskilt organ" och att majoriteten av ledamöterna i organet ska bestå av personer som är eller tidigare har varit utnämnda ordinarie domare.[245] Genom dessa ändringar menar regeringen att det bland annat skapas ett långsiktigt skydd för utnämningsordningen och att det kommer att bli svårare för framtida regeringar och riksdag att göra genomgripande ändringar i regleringen om utnämningsordning.[246]

En ytterligare fråga av vikt för den ordinarie domarens självständighet är hur en anställning som ordinarie domare kan upphöra. Att en ordinarie domare inte kan skiljas från sin anställning, bortsett från när det finns befogad anledning, utgör ett betydande skydd för självständigheten i dömandet.[247] Av 11 kap. 7 § regeringsformen framgår att en ordinarie domare enbart får skiljas från sin anställning under två omständigheter. En sådan domare kan skiljas från anställningen dels om domaren genom brott eller grovt eller upprepat åsidosättande av skyldigheterna i anställningen har visat sig vara uppenbart olämplig som innehavare av anställningen, dels om domaren har uppnått den gällande pensionsåldern eller enligt lag har en skyldighet att avgå på grund av varaktig förlust av arbetsförmågan.

Det är Statens ansvarsnämnd som beslutar i frågor rörande avskedande, avstängning och läkarundersökning av ordinarie domare.[248] En ordinarie domare som efter beslut av Statens ansvarsnämnd till exempel har skilts från sin anställning kan enligt 11 kap. 9 § regeringsformen begära domstolsprövning av beslutet. Vid sådan domstolsprövning ska ordinarie domare ingå i rättens sammansättning.

Även gällande denna del av skyddet för den ordinarie domarens självständighet har regeringen genom propositionen *Stärkt skydd för demokratin och domstolarnas oberoende* föreslagit vissa ändringar i regeringsformen. Regeringen har bland annat föreslagit att det ska införas en ny bestämmelse i regeringsformen om att ordinarie domare endast får skiljas från sin anställning om hen har uppnått en i lag stadgad ålder för avgångsskyldighet. Härutöver föreslås ett

[245] Prop. 2024/25:165, s. 72.

[246] Prop. 2024/25:165, s. 75–76. Regeringen har härutöver bland annat instämt i Grundlagskommitténs förslag om att regeringen endast bör få utnämna personer som föreslagits av det särskilda organet till ordinarie domare. Denna reglering bör dock införas i vanlig lag och har därför inte behandlats i den aktuella propositionen, eftersom den endast berör ändringar i regeringsformen och riksdagsordningen, se prop. 2024/25:165, s. 76–78.

[247] Prop. 2009/10:80, s. 137. Se även prop. 2024/25:165, s. 85; SOU 2023:12, s. 119.

[248] 15 § lagen (1994:261) om fullmaktsanställning. För justitieråden i HD och HFD gäller dock en annan ordning enligt 11 kap. 8 § RF. Det är HFD som prövar om ett justitieråd i HD ska skiljas eller avstängas eller är skyldig att genomgå en läkarundersökning. Avser prövningen ett justitieråd i HFD är det i stället HD som utför prövningen.

retroaktivitetsförbud genom att införa en bestämmelse om att en föreskrift som innebär en sänkning av åldern för avgångsskyldighet inte får gälla pågående anställningar.[249]

2.3.3 Sammanfattande syntes

Utifrån de konstitutionellrättsliga förutsättningarna framträder underrättsdomarens rättstillämpande roll som inbäddad i ett konstitutionellt system vars regelverk både möjliggör och begränsar rollen. Av regeringsformen, EU-rätten och Europakonventionen följer att underrättsdomaren har flera överlappande, och ibland motstridiga, konstitutionella funktioner inom ramen för den rättstillämpande rollen. Underrättsdomarens funktioner i det konstitutionella systemet består utifrån redogörelsen av tillämpning, tolkning och kontroll. Härutöver kan det argumenteras för att underrättsdomaren, beroende på hur rättstillämpningens karaktär förstås, kan ha en rättsbildande funktion. Den konstitutionella rätten förutsätter även att rättstillämpningen är oberoende och att underrättsdomaren är självständig, samtidigt som den rättstillämpande rollen har en inneboende begränsning i form av att den förutsätter att underrättsdomaren tillämpar rätt som produceras av andra normgivande aktörer.

Den rättstillämpande roll som framträder utifrån redogörelsen framstår inte som entydig eller friktionsfri. Tvärtom aktualiserar de konstitutionellrättsliga förutsättningarna i sig en rad potentiella slitningar och spänningsförhållanden i rollen. Dessa spänningsförhållanden kan dessutom framträda som mer omfattande om rättstillämpningen förstås som en kreativ verksamhet utan någon skarp gräns mellan tolkning och rättsskapande.

Ett spänningsförhållande kan exempelvis uppstå mellan kravet på lagbundenhet och behovet av tolkning i situationer där lagstiftningen är vag, ofullständig eller står i eventuell konflikt med EU-rätten eller Europakonventionen. Ett annat spänningsförhållande kan uppkomma mellan underrättsdomarens kontrollerande funktion och respekten för lagstiftarens demokratiska legitimitet, exempelvis i samband med normprövning.

Sammantaget anger de konstitutionellrättsliga förutsättningarna de normativa ramarna för underrättsdomarens rättstillämpande roll, men lämnar samtidigt ett utrymme där underrättsdomaren i det enskilda fallet kan behöva göra avvägningar och ta ställning till hur den rättstillämpande rollen ska utövas. Mot denna bakgrund framstår underrättsdomarens egna föreställningar om den

[249] Prop. 2024/25:165, s. 84 f. Regeringen har även föreslagit en utvidgning av bestämmelsen, som innebär en rätt till domstolsprövning om en ordinarie domare har skiljts från anställningen genom ett beslut av en annan myndighet än domstol, se prop. 2024/25:165, s. 104 f.

rättstillämpande rollens innebörd som särskilt betydelsefulla. De konstitutionellrättsliga förutsättningarna ger inte i sig några uttömmande svar på hur eventuella spänningsförhållanden ska hanteras i praktiken, utan öppnar för olika sätt att förstå, prioritera och ge mening åt rollen. Det är detta utrymme som motiverar studiens fokus på underrättsdomares föreställningar om den rättstillämpande rollen.

2.4 Tidigare diskussioner om den svenska domarrollen

En central del av den kontextuella bakgrunden till denna studie består av tidigare diskussioner om den svenska domarrollen, som har förts i juridisk litteratur och andra rättsliga forum sedan framför allt mitten av 1990-talet. I dessa diskussioner framställs den traditionella domarrollen i Sverige återkommande som konstitutionellt svag i förhållande till den övriga statsmakten och särskilt den nationella lagstiftaren.[250] Flera av diskussionsdeltagarna har dock gett uttryck för uppfattningen att den svenska domarrollen är under förändring. Många har framhållit att domarrollen har stärkts och en del menar att det har skett på bekostnad av den nationella lagstiftaren. [251]

Detta avsnitt redogör översiktligt för huvuddragen i dessa diskussioner. Redogörelserna gör inte anspråk på fullständighet eller att empiriskt fastställa hur den svenska domarrollen historiskt har sett ut eller hur den ser ut idag. Avsikten är i stället att lyfta perspektiv och argumentationslinjer som uttryckts i diskussionerna och som på olika sätt har inspirerat till denna studie.

2.4.1 Den traditionella domarrollen

Innan jag redogör för den eventuella förändringen i den svenska domarrollen som kommit till uttryck i diskussionerna bör något sägas om hur domarrollen traditionellt har framställts. I diskussionen om en domarroll i förändring har det framförts att det skett en judikalisering[252] i det svenska samhället, vilket syftar på

[250] Se t.ex. SOU 1999:58, s. 11 tillsammans med Wersäll, 2014(2), s. 217; Nergelius, 2015, s. 85.

[251] Se t.ex. Wersäll, 2018, s. 47 f.; Mattsson, 2014, s. 587–589; Wiklund, 2014(1), s. 477; Eka, 2014, s. 369 f.; Eklund, 2004, s 205 f.; Nergelius, 2000, s. 545 f.

[252] I diskussionen är det förekommande att judikalisering och juridifiering används som nästintill synonyma begrepp, jfr Nerglius i SOU 1999:58, s. 55 f. med Wiklund i SOU 1999:58, s. 85 f. I denna avhandling görs dock en åtskillnad mellan begreppen. Begreppet juridifiering används uteslutande för den samhälleliga process som innefattar en ökning i antalet samhälleliga eller sociala frågor som kan bli föremål för domstolsprövning, jfr Brännström, 2009, s. 39–41. Begreppet judikalisering används som ett begrepp för att beskriva en generell maktförskjutning från den politiska makten till den dömande makten.

att domstolarna och domarna ska ha fått en ökad makt. I flera av diskussionsinläggen framförs även att denna utveckling har skett på bekostnad av framför allt riksdagens och regeringens makt.[253] Dessa uttalanden implicerar att domarrollen tidigare ska ha varit en svagare roll och att domstolarna samt domarna tidigare ska ha haft mindre makt i det konstitutionella systemet i förhållande till den nationella lagstiftaren.

Att det är en svagare roll i det konstitutionella systemet som traditionellt tillskrivits de svenska domstolarna och domarna framgår även mer uttryckligt i den juridiska litteraturen och andra rättsliga forum. Det har bland annat uttryckts att den traditionella domarrollen i Sverige har kännetecknats av en försiktighet, pragmatism, lojalitet gentemot den nationella lagstiftaren och en återhållsam självbild. Domarna har enligt denna beskrivning sett det som sin huvudsakliga uppgift att verkställa de politiska intentioner som ligger bakom lagstiftningen, vilket är en uppfattning som bland annat har ansetts leda till en lagpositivism och en hög användning av förarbeten vid lagtolkning.[254]

Den lagpositivism som ansetts kännetecknade de svenska domarna har även kopplats ihop med den ringa betydelse som allmänna rättsprinciper beskrivits ha haft i svensk rättstillämpning. Medan allmänna rättsprinciper är en viktig rättskälla som ofta åberopas inom EU-rätten har de allmänna rättsprinciperna ansetts ha en mindre betydelse i svensk rätt, där det traditionellt har uppgetts finnas en dragning till att söka svaret på rättsläget i lagstiftning.[255]

Domarna har traditionellt även betraktats som motvilliga att fatta beslut som står i strid med lagtext och förarbeten.[256] Det har exempelvis uttryckts att den

[253] Se t.ex. Heckscher, 2014, s. 409 f.; Mattson, 2014, s. 587 f.; Wersäll, 2004, s. 324 f.; Nergelius, 2000, s. 557; Abrahamsson, 1999, s. 837.

[254] SOU 1999:58, s. 11. Denna lagpositivism har bl.a. beskrivits innebära att domarna har sett det som sin främsta funktion ”att verkställa de av lagen formulerade politiska intentionerna, inte att tolka lagen i ljuset av moralen.”, Peczenik i SOU 1999:58, s. 11–12. Lagpositivism ska således särskiljas från den rättsfilosofiska inriktningen rättspositivsm, se Peczenik i SOU 1999:58, s. 11. Se även Bernitz, 2002, s. 38, som beskriver ”lagpositivism” som en benägenhet inom rättstillämpningen ”att om möjligt söka efter lagstöd som uttryck för rättsläget”. Jfr även Bell, 2006, s. 265–266.

[255] Bernitz, 2002, s. 38. Se även Bernitz, 2012, s. 26.

[256] SOU 1999:58, s. 17. De svenska domstolarna och domarna har traditionellt ansetts uppvisa en restriktivitet när det kommer till normprövning av lag, se t.ex. Nergelius, 2024, s. 234; Sunnqvist, 2014, s. 33; Åhman, 2011, s. 193 f.; Österdahl, 2007, s. 889–890. Det tydligaste uttrycket för de svenska domstolarnas uppvisade restriktivitet i frågan bör vara det uppenbarhetsrekvisit som domstolarna själva kom att etablera genom sin rättspraxis. Uppenbarhetsrekvisitet innebar ett krav på att en domstol endast vid uppenbara fall av stridighet mellan föreskrifter beslutade av riskdag eller regering och grundlag samt procedurfel vid lagstiftningens tillkomst, fick åsidosätta

traditionella domarrollen länge inte innefattade något aktivt genomdrivande av individuellas fri- och rättigheter i förhållande till den nationella lagstiftaren. Historiskt sett kom sällan regeringsformen och dess andra kapitel innehållande individers fri- och rättigheter under prövning av de svenska domstolarna. I de fall då det skedde har det beskrivits att domarna i regel lämnade företräde för den nationella lagstiftarens tolkning av grundlagen. [257]

På samma tema har det i litteraturen även framförts att de svenska domarna länge stod främmande inför att tillämpa EU-rätten och uppvisade en tendens att undvika EU-rätten för att i stället lämna företräde för nationellt skapad rätt.[258] Som en förklaring till detta främlingskap och undvikande har hänvisning gjorts till att det inom det EU-rättsliga systemet läggs en större tonvikt på systematisk argumentation, normhierarkier, allmänna rättsprinciper och rättsbildning genom domstolar jämfört med vad som traditionellt varit brukligt i svensk rättstillämpning. [259]

Sammantaget har den traditionella domarrollen i dessa framställningar beskrivits som återhållsam och lojal gentemot den nationella lagstiftaren, med en begränsad självbild när det gäller principiella resonemang, normprövning och genomdrivande av individuella fri- och rättigheter. Det kan dock noteras att denna traditionella domarroll inte nödvändigtvis utgör en empiriskt entydig eller historiskt enhetlig realitet.[260] I flera av framställningarna framträder den snarare som en idealtypisk eller retrospektiv konstruktion, mot vilken en senare utveckling av domarrollen kan kontrasteras.

Bilden av den traditionella domarrollen, såsom den tecknats här, har i litteraturen sammankopplats med bland annat den politiska kultur och ideologi som präglade en stor del av 1900-talets Sverige, den skandinaviska rättsrealismen och den starka betoningen på folksuveränitet i 1974 års regeringsform.[261] Det har

lagstiftningen i fråga, se t.ex. NJA 1948 s. 188 och NJA 1951 s. 39 där uppenbarhetsrekvisitet börjar etableras.

[257] Se Åhman, 2022, s. 48 tillsammans med Åhman, 2023, s. 29.

[258] Se Bernitz, 2012, s. 21 och 25; Hettne, 2008, s. 314; Nergelius, 1997, s. 426. Jfr dock Abrahamsson, 1999, s. 838–839 som uttryckt att de svenska domstolarna inte har uppvisat ett undvikande inför att tillämpa EU-rättsliga regler framför svensk rätt. Enligt Abrahamsson ska särskilt HFD, dåvarande regeringsrätten, ha visat sig måna om att ge EU-rätten full effekt, även på bekostnad av svensk rätt, och hänvisar till RÅ 1996 ref. 50 samt RÅ 1997 ref. 65 som exempel.

[259] Se Bernitz, 2012, s. 28.

[260] Jfr SOU 1994:99, Del B, bilaga 20, s. 188–189.

[261] Jfr t.ex. Åhman, 2022, s. 32; Melin, 2014, s. 430; Nergelius, 2014, s. 446–447; Wersäll, 2014(2), s. 215; Wiklund, 2009, s. 586–587; Sterzel, 2009, s. 21; Modéer, 2009, s. 244–255 och 303–305;

exempelvis framförts att den svenska domarkulturen under 1900-talet kom att präglas av den politiska idén om välfärdsstaten, vilket medförde att domarna fick en roll som ”samhällsingenjörer”.[262] Det har beskrivits att domarens roll som rättstillämpare förändrades från att vara en beskyddare av lagen och enskilda individers rättigheter, till att i stället vara en verkställare och förverkligare av de nationella politiska målen.[263]

Vad beträffar den skandinaviska rättsrealismen[264] har det bland annat framförts att den kan ha bidragit till att domaren i det svenska konstitutionella systemet framför allt har tillskrivits funktionen att realisera lagstiftning, eftersom det inte har ansetts ligga inom ramen för rättsfilosofins idégods att domaren ska ha en funktion av att genomdriva fri- och rättigheter genom till exempel normprövning.[265] Härutöver har det uttryckts att den skandinaviska rättsrealismen kan ha understött domarens användning av förarbeten för att tolka lagstiftning, eftersom rättsfilosofin betraktade tolkning som en ovetenskaplig verksamhet som riskerade att ge uttryck för tolkarens värderingar. Att tolka

Bell, 2006, s. 258–261; SOU 1994:99, Del B, bilaga 20, s. 173 f. Jfr dock Strömholm, 2002, s. 35-41; Nergelius, 1996, s. 611–613. Nergelius uttrycker bl.a. att det är svårt att dra slutsatsen att den skandinaviska rättsrealismen är den faktor som orsakat en viss trend. Enligt Nergelius får det dock anses klarlagt att rättsfilosofin utgjorde en komponent i det politiska klimatet under den period som även karaktäriserades av välfärdsstatens uppbyggnad. Dessutom menar Nergelius att rättsfilosofin torde ha understött en idériktning som under lång tid varit tydlig i den svenska rättsordningen.

[262] SOU, 1994:99, Del B, bilaga 20, s. 173 och 184–185. Se även Modéer, 2009, s. 244

[263] Se Modéer, 2009, s. 304 f.; Bell, 2006, s. 260–261; SOU, 1994:99, Del B, bilaga 20, s. 184.

[264] Den skandinaviska rättsrealismen utgjorde en rättsfilosofisk vidareutveckling av den så kallade Uppsalafilosofin, som bland annat grundades av filosofiprofessorn Axel Hägerström. Den skandinaviska rättsrealismen kom i sin tur att utvecklas av bland andra Vilhelm Lundstedt och Karl Olivecrona, vilka båda var lärjungar till Hägerström, jfr Wiklund, 2009, s. 587–588 tillsammans med Nergelius, 1996, s. 94. Nergelius skriver bl.a. att det är omtvistat om det är Adolf Phalén eller Axel Hägerström som är den faktiska grundaren till filosofin. Hägerström fick dock ett större inflytande inom rättsfilosofin jämfört med Phalén, vars huvudsakliga bidrag skedde inom den teoretiska filosofin. Hägerströms installationsföreläsning från 1911, *Om moraliska föreställningars sanning*, har benämnts ”som något av Uppsalafilosofin och även rättsrealismens grundtext”, Nergelius, 1996, s. 95. Under denna installationsföreläsning utvecklade Hägerström för första gången sina tankar om förhållanden som är att betrakta som metafysiska. Med att vissa förhållanden är metafysiska avsåg Hägerström att förhållandena ligger bortom den fysiska och observerbara verkligheten, se t.ex. Hägerström, 2010, s. 20 f. Hägerström klassade bland annat värdeutlåtanden som metafysik, vilket innebar ett förnekande av att det skulle finnas objektiva värden. Värdeutlåtanden, som till exempel ”rättvist” eller ”orättvist”, var enligt Hägerströms teori varken att betrakta som sanna eller falska, se Petersson, 1973, s. 72 f.; Hägerström, 2010, s. 24–26. För vidare läsning se även Peterson, 2003/04, 571–585.

[265] Se Wiklund, 2009, s. 589. Jfr även Bell, 2006, s. 258–259; SOU 1994:99, Del B, bilaga 20, s. 184–185; Nordin, 1988, s. 42–43.

lagstiftning mot bakgrund av dess förarbeten kunde därför ses som ett sätt att undvika denna kritik.[266]

När det kommer till 1974 års regeringsform har dess betoning på folksuveränitet framför maktdelning tagits upp som en faktor som varit tongivande för den traditionella domarrollen.[267] Det har exempelvis framförts att regeringsformen, vid dess ikraftträdande, gav uttryck för en konflikt i grundlagsstiftarnas syn på domstolarna och den funktion som de ska fylla i det konstitutionella systemet. Å ena sidan förmedlas genom regeringsformen och dess förarbeten att domstolarna och förvaltningsmyndigheterna mer eller mindre fyller samma funktion; det vill säga att verkställa riksdagens och regeringens beslut. Å andra sidan förmedlas även att domstolarna har en särskild ställning, eftersom de ska tillvarata rättssäkerheten. I litteraturen har det uttryckts att grundlagsstiftarna inte verkar ha varit medvetna om denna konflikt, utan framför allt har ägnat sig åt att utveckla folksuveränitetens princip. Utmejslandet och särhållandet av de offentliga organens funktioner uppges i stället ha fått sin huvudsakliga precisering genom ett framhävande av folksuveräniteten som en grundläggande princip för det svenska statsskicket.[268]

2.4.2 En förändrad domarroll?

Diskussionen om en svensk domarroll i förändring bör ses i ljuset av den domarroll som svenska domare traditionellt tillskrivits.[269] Den förändring som tas upp i diskussionen har bland annat beskrivits bestå av att de svenska domstolarna och domarna har fått en mer aktiv roll att spela när det kommer till maktbalans i det konstitutionella systemet och kontroll av normer jämfört med tidigare.[270] Det har även uttryckts att de svenska domarna har fått mer mod och är mer kreativa när det kommer till att i rättstillämpningen fylla ut, tolka och ägna sig åt att skapa rätt.[271] Härutöver finns det de som tycker sig skönja en utveckling mot att domarna i allt högre grad använder sig av principiellt tänkande och fäster

[266] Se Peczenik och Bergholtz, 1991, s. 312–313.

[267] Se t.ex. Wersäll, 2014(2), s. 215; Melin, 2014, s. 430; Nergelius, 2014, s. 446–447.

[268] Se Petrén, 1975, s. 8. För en vidare diskussion om makt- och funktionsfördelningen i 1974 års regeringsform se Sunnqvist, 2024, s. 450–458.

[269] För exempel på inlägg från diskussionen, se t.ex. Lysén, 2020, s. 605; Wersäll, 2017, s. 1 f.; Josefsson, 2015, s. 40 f.; Mattson, 2014, s. 587 f.; Wersäll, 2004, s. 324 f.; Abrahamsson, 1999, s. 833 f.; Nergelius, 1997, s. 426 f.; Norberg, 1995, s. 424 f. Jfr dock Mellqvist, 2023(2), s. 199 f., som ställer sig kritisk till den aktuella diskussionen.

[270] Se t.ex. Wersäll, 2017, s. 1; Melin 2014, s. 435–436; Norberg, 1995, s. 424.

[271] Fura-Sandström, 2004, s. 265.

avseende vid allmänna rättsprinciper i sin rättstillämpning; en utveckling som går i motsatt riktning i förhållande till den lagpositivism som tidigare beskrivits ha varit förhärskande i svensk rättstillämpning.[272] På ett relaterande tema beskrivs domarnas användning av förarbeten i rättstillämpningen också ha minskat.[273]

Sammantaget målar flera av diskussionsinläggen upp en bild av en domarroll som i flera avseenden skiljer sig från den domarroll som traditionellt tillskrivits svenska domare. Jämfört med den traditionella domarrollen framställs den nya domarrollen som mer aktiv och självständig i förhållande till den nationella lagstiftaren.

Den förändrade domarrollen brukar ofta förklaras mot bakgrund av vissa strukturella förändringar som det svenska rättssystemet genomgått sedan slutet av 1900-talet. Det har bland annat framhållits att Sverige har gått från ett rättssystem starkt förankrat i den suveräna nationalstaten till ett rättssystem som präglas av internationalisering och rättslig pluralism.[274] Denna utveckling beskrivs ha medfört ett rättssystem där olika rättskällor och rättsbildare konkurrerar om legitimitet.[275]

Som en central del av utvecklingen brukar särskilt europeiseringen av svensk rätt framhållas i diskussionen.[276] EU-rättens införlivande har, som redogjorts för i avsnitt 2.3, inneburit att EU-rätten ska ges direkt tillämplighet, direkt effekt och företräde framför motstridig nationell rätt. Även inkorporeringen av Europakonventionen har tillfört domstolarna nya uppgifter, genom att konventionen fått status som svensk lag och därmed kan åberopas direkt av enskilda inför svensk domstol. Utöver dessa mer direkta genomslag har det även hävdats att EU-rätten och konventionsrätten har fått en mer indirekt och generell påverkan på svensk rättstillämpning, rättskällelära och den svenska domarrollen.[277]

Genom att läsa EU-domstolens praxis har det beskrivits som sannolikt att de svenska domarna influeras av EU-domstolens syn på och användning av

[272] Se Reichel och Åhman, 2020, s. 52–53; Bernitz, 2002, s. 38 f.

[273] Se t.ex. Fura-Sandström, 2004, s. 264; Wersäll, 2000, s. 250 f.; Abrahamsson, 1999, s. 845.

[274] Se t.ex. Lindholm, Derlén och Naurin, 2025, s. 128–129; Wersäll, 2014(2), s. 216–217; Wiklund, 2009, s. 590–592; Modéer, 2009, s. 359–360.

[275] Se Modéer, 2009, s. 327 och 359–360. Jfr även Mattson, 2014, s. 592.

[276] Se t.ex. Wiklund, 2014(1), s. 477–478; Bell, 2006, s. 235; Wersäll, 2004, s. 324 f.; Nergelius, 2000, s. 545 f.

[277] Se t.ex. Reichel och Åhman, 2020, 49–61; Melin, 2014, s. 435–436; Heckscher, 2014, s. 413–414; Bernitz, 2012, s. 21 och 57; Wersäll, 2004, s. 324 f.; Eliason, 2004, s. 291 f.

rättskällor samt tolkningsmetoder.[278] Exempelvis är ett återkommande inlägg i diskussionen om en svensk domarroll i förändring att EU-rättens genomslag bidrar till att förarbetenas betydelse minskar i de svenska domstolarna.[279] Även uppfattningen om att svenska domare använder sig av principiellt tänkande och fäster avseende vid allmänna rättsprinciper i sin rättstillämpning i högre drag idag, jämfört med tidigare, har sammankopplats med en europeisering av svenskt rättstänkande.[280] Härutöver uppges de svenska domarnas användning av praxis ha ökat till följd av en påverkan från europarätten.[281] Denna ökning beskrivs dels bestå av att det finns mer rättspraxis för de svenska domarna att söka vägledning i till följd av att rättspraxis numera också kan innefatta praxis från EU-domstolen eller Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen), dels av att domarna även kan ha influerats av EU-domstolens användning av rättspraxis.[282]

Internationaliseringen och den rättsliga pluralismen har även antagits kunna bidra till en ökad tolerans och öppenhet hos svenska domare inför att tillskriva rättskällor skapade av icke-legislativa aktörer, som exempelvis domstolar, en högre rättskällestatus. Den nationella lagstiftaren kan inte längre betraktas som den suveräna rättsbildaren i det svenska rättssystemet, eftersom rättsbildningen i allt större utsträckning sker på internationella nivåer och av icke-legislativa aktörer. Detta uppges i sin tur kunna leda till att rättskällor som inte är produkter av den nationella lagstiftaren, såsom allmänna rättsprinciper eller rättspraxis, kan få en ökad legitimitet i rättstillämpningen.[283]

Den rättsliga pluralismen har dessutom beskrivits utmana den traditionella domarrollen, eftersom den bidrar till att de svenska domarna behöver omvärdera sin roll i det konstitutionella systemet. Internationaliseringen och den rättsliga pluralismen uppges inte bara innebära att domaren har fler typer av rättskällor att tillämpa inom ramen för sin rättstillämpande roll, utan även att domaren har

[278] Eliason, 2004, s. 295. På motsvarande sätt har det i litteraturen också hävdats att konventionsrätten också har en indirekt påverkan på svensk rättstillämpning, rättskällelära och domarrollen, se Bernitz, 2012, s. 57.

[279] Se t.ex. Reichel och Åhman, 2020, s. 53–56; Fura-Sandström, 2004, s. 264; Wersäll, 2004, s. 326–327.

[280] Se Reichel och Åhman, 2020, s. 52–53; Hettne, 2008, s. 313.

[281] Se Reichel och Åhman, 2020, s. 51–60; Eliason, 2004, s. 294–295; Fura-Sandström, 2004, s. 264.

[282] Eliason, 2004, s. 294–295.

[283] Se Lindholm, Derlén och Naurin., 2025, s. 126.

fått ett större ansvar för att värna om vissa grundläggande principer, värden och normhierarkier i det rättsliga systemet.[284]

Ytterligare en orsak som uttryckts bidra till en förändrad domarroll är att det i Sverige har skett en juridifiering[285] av olika samhällsfrågor som tidigare hanterats på politisk nivå. [286] Det har bland annat framförts att vissa frågor som tidigare hanterats av politiska organ flyttats över till domstolarna i syfte att avlasta de politiska organen vissa kontroversiella ställningstaganden och för att prövningsförfarandet ska bli mer trovärdigt.[287] Härigenom har det hävdats att domstolarna och domarna fått mer beslutsmakt på bekostnad av politikerna. Juridifieringen uppges även påverka domarrollen i och med att tolkningsutrymmet i dessa typer av prövningar är större samt att det finns en ökad risk för att rättstillämpningen påverkas av domarens egna värderingar.[288]

Diskussionen om den svenska domarrollens förändring har framför allt rört Högsta domstolen. Mot bakgrund av flera uppmärksammade avgöranden har det hävdats att domstolen har intagit en mer aktiv roll i rättsbildningen och att dess självförtroende samt handlingsutrymme har ökat.[289] Trots att det råder viss oenighet om huruvida denna utveckling är önskvärd eller inte, tycks det finnas en samsyn om att Högsta domstolens relation till den nationella lagstiftaren har förändrats.[290]

[284] Se Lindholm, Derlén och Naurin., 2025, s. 129.

[285] Med juridifiering avses i denna avhandling en samhällelig process inom vilken det sker en ökning i antalet samhälleliga eller sociala frågor som kan bli föremål för domstolsprövning, se fn. 251. Begreppet är dock mångbottnat, se t.ex. Brännström, 2009, s. 38 f.; Novak, 2018, s. 37.

[286] Se t.ex. Zetterquist, 2015, s. 77; Wersäll, 2014(2), s. 216 och 218–218; Heckscher, 2014, s. 409; Wiklund, 2014, s. 477–478.

[287] Wersäll, 2014(2), s. 219. Ett exempel på ett område där det uppges ha skett en juridifiering, är miljölagstiftningen, se Wersäll, 2017, s. 2. Ytterligare exempel på områden där det anses ha skett en juridifiering är asylprövningen, där asylöverklaganden har flyttats från regeringens bord till migrationsdomstolarna, och utbildningsområdet där det bland annat har införts utökade möjligheter att överklaga vissa beslut till förvaltningsrätt, se Johannesson och Weinryb, 2019, s. 194–199 respektive Rapp och Skoglund, 2017, s. 35–37. I sammanhanget bör även utökade möjligheter till domstolsprövning till följd av artikel 6.1 i Europakonventionen nämnas. Av artikeln följer en rätt till domstolsprövning, inför oavhängig och opartisk domstol, av tvister som rör civila rättigheter och skyldigheter eller brottsanklagelser. Rätten till domstolsprövning har för svensk del bland annat inneburit att vissa bestämmelser om överklagandeförbud till allmän förvaltningsdomstol har behövt åsidosättas, se t.ex. HFD 2016 ref. 41, HFD 2018 ref. 46; HFD 2019 ref. 43.

[288] Wersäll, 2017, s. 2.

[289] Wersäll, 2014(1), s. 1.

[290] Se t.ex. Derlén och Lindholm, 2016, s. 143; Josefsson, 2015, s. 40; Kleineman, 2014/2015, s. 495; Wiklund, 2014(2), s. 335.

Även om det är Högsta domstolens roll som har dominerat diskussionen, finns det också inlägg som omfattar de lägre instanserna och domarna som verkar där. I flera av diskussionsinläggen framhålls en generell ökning av domstolarnas makt och en förändrad domarroll, utan att någon skillnad görs mellan olika domstolsnivåer och domstolsslag.[291] Samtidigt har det också ifrågasatts i vilken grad de svenska underrättsdomarna faktiskt har påverkats av den påstådda utvecklingen.[292]

2.4.3 Sammanfattande syntes

I detta avsnitt har jag redogjort för några av huvuddragen i tidigare diskussioner om den svenska domarrollen, där fokus har legat på både dess traditionella karaktär och på påstådda förändringar. Den traditionella domarrollen har ofta beskrivits som återhållsam, lojal gentemot den nationella lagstiftaren och med en begränsad självbild när det gäller rättsbildning, normprövning och genomdrivande av individuella fri- och rättigheter. Diskussionen om en förändrad domarroll tar sin utgångspunkt i denna traditionella bild och ger uttryck för en domarroll som bland annat beskrivs som mer modig och kreativ i rättstillämpningen, samt självständig i förhållande till den nationella lagstiftaren.

Diskussionerna om den svenska domarrollen väcker frågor som är såväl teoretiskt som praktiskt intressanta; hur ser den svenska domarrollens karaktär ut, har den förändrats över tid, i sådana fall på vilket sätt och hur förhåller den sig till den nationella lagstiftaren? Även om denna studie inte syftar till att empiriskt undersöka och besvara alla dessa frågor, var det inledningsvis de som väckte mitt intresse för studiens ämne. Som beskrivits i avsnitt 1.3.2 om studiens kunskapsbidrag finns det också en förhoppning att studien ska bidra med empiriskt underlag för fortsatta diskussioner om den svenska domarrollen.

Att diskussionen om en svensk domarroll i förändring ofta har tagit sin utgångspunkt i Högsta domstolen, där domarna har beskrivits ha blivit mer aktiva, modiga och kreativa i sin rättstillämpning, medan mindre uppmärksamhet har ägnats åt underrättsdomarna har i sin tur motiverat att det är underrättsdomaren som står i fokus i studien. Det förhållandevis ringa intresset som den juridiska litteraturen hittills har visat för underrättsdomarna och ifrågasättandet av att underrättsdomarna ska ha påverkats av domarrollens utveckling kan dessutom indikera en uppfattning om att underrättsdomarens roll är mer okomplicerad och enkelspårig jämfört med justitierådens, trots att det

[291] Se t.ex. Wersäll, 2018, s. 47 f.; Eka, 2014, s. 369 f.; Heckscher, 2014, s. 409 f.

[292] Wiklund, 2014(1), s. 478.

finns få empiriska studier som ger stöd för en sådan uppfattning. Det finns därför ett behov av att studera underrättsdomarens roll närmare.

Härtill har diskussionerna inspirerat till det teoretiska verktyg som används i studien och som vidareutvecklas i avsnitt 3.3. Flera av diskussionsinläggen tar upp att det ska ha skett förändringar i den juridiska metoden och de rättskällor som de svenska domarna använder sig av i sin rättstillämpning. Dessa påstådda förändringar beskrivs återkommande som ett uttryck för en förändrad domarroll. Att denna koppling görs i diskussionerna indikerar att det finns en uppfattning om att de metoder och rättskällor som domare använder sig av speglar domarens roll i det konstitutionella systemet. Denna uppfattning utgör en del av den förförståelse som jag har med mig i utvecklandet av det teoretiska verktyget.

3 Teori och metod

3.1 Inledning

I detta kapitel ges en beskrivning av studiens teoretiska ramar i form av övergripande vetenskapsteoretiska utgångspunkter och det teoretiska verktyg som används för att undersöka olika föreställningar om underrättsdomarens rättstillämpande roll. Härtill redogörs i kapitlet för studiens metoder och genomförande i förhållande till studiens tre delsyften.

Vad beträffar de teoretiska ramarna följer i avsnitt 3.2 en presentation av studiens övergripande vetenskapsteoretiska utgångspunkter som är avgörande för min syn på studieobjektet och studiens övergripande design samt metoder. Dessa utgångspunkter har även betydelse för hur den kunskap som skapas genom studien och som presenteras i denna avhandling ska betraktas. I avsnitt 3.3 beskrivs det teoretiska verktyget.

Beskrivningen av studiens metod och genomförande tar sin början i avsnitt 3.4 där det beskrivs hur det första delsyftet uppfylls via datainsamling genom intervjuer och en tematisk analys av den insamlade intervjudatan. I avsnitt 3.5 redogörs för den empiridrivna analysen som genomförs för att uppfylla studiens andra delsyfte. I avsnitt 3.6 följer avslutningsvis en beskrivning av den jämförande analys som utförs för att uppfylla studiens tredje och sista delsyfte.

Studien har fått Etikprövningsmyndighetens godkännande i enlighet med lagen (2003:460) om etikprövning av forskning som avser människor.[293] Andra etiska överväganden som jag har gjort under genomförandet av studien redogörs för löpande i avsnitten som följer.

3.2 Vetenskapsteoretiska utgångspunkter

I detta avsnitt beskrivs studiens övergripande vetenskapsteoretiska utgångspunkter, vilket inkluderar studiens huvudsakliga ontologiska och epistemologiska antaganden. Med ontologi avses hur verkligheten betraktas, medan epistemologi avser vad vi kan veta om verkligheten och hur vi kan få kunskap om denna.[294]

Även om ontologi och epistemologi kan anses beröra två olika frågor betraktar jag dem som relationella begrepp. Å ena sidan utgår jag från att min betraktelse

[293] Etikprövningsmyndigheten, Linköping avdelning övrigt, dnr. 2020-03555, beslut 2020-09-01.
[294] Se Alvesson och Sköldberg, 2017, s. 19.

av verkligheten påverkar vad jag uppfattar som möjlig kunskap om den. Å andra sidan utgår jag från att det som jag uppfattar som möjlig kunskap har betydelse för hur jag betraktar verkligheten.[295]

För att redogörelsen ska bli så pedagogisk som möjligt har jag dock valt att, i den mån det är möjligt, beskriva studiens ontologiska respektive epistemologiska antaganden i separata avsnitt. I avsnitt 3.2.1 redogör jag för hur jag betraktar studieobjektet, medan jag i avsnitt 3.2.2 redogör för hur jag ser på den kunskap som skapas genom studien och min roll som forskare i detta kunskapsskapande.

3.2.1 Rollföreställningar som en relationell, kontextuell och normativ praktik

I denna studie betraktar jag inte föreställningar om underrättsdomarens rättstillämpande roll som något statiskt, rättsligt- eller på något annat sätt förutbestämt, utan som en relationell och kontextuell praktik. Rollföreställningar konstrueras, ges mening och återskapas kontinuerligt exempelvis genom underrättsdomares handlande eller genom språkliga uttryck, vilket sker i relation till bland annat institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar och andras föreställningar om rollen. Dessa relationer betraktas i studien som relevanta analytiska perspektiv genom vilka föreställningarna om underrättsdomarens roll kan begripliggöras och ges mening.

Denna ontologiska utgångspunkt ligger nära en konstruktionistisk och relationell uppfattning om verkligheten. Det som studeras och betraktas som verkligt i studien, det vill säga föreställningar om underrättsdomarens rättstillämpande roll, förstås som något som konstrueras genom praktiskt eller språkligt handlande. Det praktiska eller språkliga handlandet konstrueras i sin tur i relation till den kontext inom vilket konstruerandet sker. Härmed ses

[295] Ett exempel på relationen mellan ontologi och epistemologi kan hämtas från denna studies fokus på föreställningar om underrättsdomarens rättstillämpande roll. Om rollföreställningarna ses som relationella och kontextuella konstruktioner (ontologi) påverkar det hur kunskap om dem kan skapas (epistemologi). Om kunskapen som genereras betraktas som situerad och beroende av min interaktion med studieobjektet (epistemologi) formar det hur rollföreställningarna kan förstås (ontologi). Härigenom speglar epistemologin den ontologiska synen och vice versa, vilket illustrerar det ömsesidiga förhållandet mellan verklighet och kunskap. Jfr även Lindgren, 2024, s. 48–49, som utgår från ett liknande synsätt.

rollföreställningarna även som något föränderligt, eftersom den kontext inom vilken konstruerandet sker kan förändras.[296]

I studien förstås rollföreställningarna även som en normativ praktik, i den meningen att föreställningarna inte enbart behöver ge uttryck för deskriptiva beskrivningar av rollen. Rollföreställningarna förutsätts även kunna ge uttryck för uppfattningar om hur rollen bör förstås eller utövas. Härigenom kan också olika ideal och värderingar rörande den rättstillämpande rollens förhållande till den nationella lagstiftaren komma till uttryck, exempelvis avseende lojalitet mot lagstiftarens intentioner, graden av tolkningsfrihet samt underrättsdomarens ansvar att hantera brister eller oklarheter i lagstiftningen.[297]

3.2.2 Situerad kunskap och forskaren som redskap

Studien bygger på intervjudata insamlade genom intervjuer med underrättsdomare, med syftet att undersöka vilka föreställningar beträffande innebörden av deras roll som rättstillämpare de ger uttryck för. Genom att analysera de olika rollföreställningar som kommer till uttryck i intervjudan konstrueras kunskap som belyser hur underrättsdomarens rättstillämpande roll och dess förhållande till den nationella lagstiftaren kan förstås och ges mening, utifrån ett visst givet sammanhang.[298]

Utöver att beskriva verkligheten kan rollföreställningarna även antas forma verkligheten och ta sig uttryck i underrättsdomarnas utförande av den rättstillämpande rollen.[299] Huruvida rollföreställningarna faktiskt tar sig uttryck i utförandet av den rättstillämpande rollen är dock inget som studeras inom ramen för denna avhandling. Däremot har antagandet varit en motivation till att undersöka de rollföreställningar som just underrättsdomare ger uttryck för.[300]

I linje med studiens ontologiska utgångspunkt betraktas den kunskap som skapas genom studien inte som en objektiv avspegling av verkligheten, utan snarare som något som skapas genom min interaktion med studieobjektet. Jag[301]

[296] Se t.ex. Charmaz, 2025, s. 339; Braun och Clarke, 2022, s. 179–183; Niemi-Kiesiläinen, Honkatukia och Ruuskanen, 2016, s. 77–78; Bladini, 2013, s. 31; Burr, 1995, s. 2–5.

[297] Jfr Bourdieu, 1987, s. 817–819 och 827, där rätten förstås som ett socialt fält präglat av kamp mellan olika rättsliga aktörer om auktoriteten att definiera rättens innehåll och giltiga tolkningsformer. I ett sådant perspektiv kan uttryckta föreställningar om den rättstillämpande rollen förstås som normativt laddade och relaterade till aktörers sätt att positionera sig i förhållande till andra rättsliga aktörer, däribland den nationella lagstiftaren.

[298] Jfr Haraway, 1988, s. 581.

[299] Se Bourdieu, 1977, s. 72–73 och 78–79; Bourdieu, 1992, s. 52 f.; Bourdieu, 1987, s. 814–853.

[300] Se avsnitt 1.2.1.

[301] Det kan här noteras att jag, Marlene Löding, har utfört samtliga steg i studiens genomförande.

i egenskap av den forskare som genomför studien, ses härmed som ett forskningsredskap som i sig påverkar den kunskap som konstrueras genom studien.[302] Kunskapen är bland annat avhängig studiens kontextuella bakgrund och vissa val som jag gjort beträffande forskningsfrågor, metod och studiens teoretiska verktyg.

Härutöver har de föreställningar beträffande innebörden av underrättsdomarens roll som rättstillämpare som kommit till uttryck genom den insamlade intervjudatan inte uppstått av sig själv, utan är resultatet av min tolkning av datan. Även om jag inledningsvis har haft en förhållandevis explorativ ingång i läsningen av intervjudatan och inte har utgått från en färdig kodbok vid kodningen av data, utgör tolkningen en produkt av att datan har förståtts i relation till min egen position och förförståelse i ämnet. Bland annat kan antas att studiens kontextuella bakgrund och min position som jurist, rättsvetare samt konstitutionellt intresserad påverkar min tolkning av intervjudatan.[303]

Sammantaget betraktas denna studie som en meningsskapande process och den kunskap som processen resulterar i ses som konstruerad samt situerad i förhållande till förutsättningarna i studien.[304] Det görs således inget anspråk på att den kunskap som produceras genom studien utgör en positivistiskt objektiv[305] och alltomfattande sanning. I stället är ambitionen att kunskapen ska bidra till en fördjupad förståelse för olika föreställningar om den rättstillämpande rollen som underrättsdomare kan ge uttryck för, och hur dessa kan tolkas eller begripliggöras utifrån ett visst givet sammanhang.[306]

Mot bakgrund av mitt epistemologiska förhållningssätt har jag, i stället för att eftersträva objektivitet i positivistisk mening, strävat efter reflexivitet[307] i

[302] Se Braun och Clarke, 2022, s. 178–183; Burr, 1995, s. 3–6.

[303] Jfr Fish, 1989, s. 360; Fish, 1980, s. 342–343.

[304] Se Haraway, 1988, s. 581.

[305] Med positivistisk objektivitet avses här en föreställning om objektivitet som förespråkats inom den filosofiska positivismen. För att kunskap ska betraktas som en objektiv sanning krävs enligt positivismen en avsaknad av subjektivitet. Forskaren ska härmed inte utgöra ett redskap i forskningsprocessen, utan ska hålla en distans och vara neutral samt opartisk i förhållande till studieobjektet, Bladini, 2013, s. 42–43. Se även Braun och Clarke, 2022, s. 177; Alvesson och Sköldberg, 2017, s. 29–30; Harding, 1991, s. 143–149. Jfr också Burr, 1995, s. 6.

[306] Se Ställvik, 2009, s. 204–205; Lindgren, 2024, s. 52 som uttrycker ett liknande epistemologiskt förhållningssätt.

[307] Med reflexivitet avses ett kritiskt förhållningssätt till den egna rollen som forskare och forskningsprocessen i sin helhet. Här ingår bl.a. att löpande ifrågasätta och redogöra för de val som görs inom forskningsprocessen, hur forskningens genomförs, varför forskningen genomförs samt hur dessa delar påverkar forskningen i sig, se Braun och Clark, 2022, s. 5 och 13 f.

förhållande till hela forskningsprocessen. Bland annat har redogörelsen av mina ontologiska och epistemologiska antaganden samt för studiens kontextuella bakgrund i kapitel 2 skett utifrån denna strävan. Utifrån samma syfte är min avsikt även att löpande genom avhandlingen vara så transparent och tydlig som möjligt med de olika teoretiska utgångspunkter och antaganden som ligger till grund för studiens design, hur dessa används i studien samt hur genomförandet av studien i övrigt går till.

3.3 Teoretiskt verktyg för att undersöka rollföreställningar

Den rättstillämpande rollen är både ett abstrakt och ett komplext fenomen, i den meningen att den är mångfacetterad, situationsberoende och kan uppfattas olika. För att kunna undersöka olika föreställningar om den rättstillämpande rollen använder jag därför ett teoretiskt verktyg, som syftar till att bryta ned rollen till mer kvalitativt observerbara uttryck. Verktyget används inledningsvis som ett underlag för att formulera den intervjuguide som intervjuerna med underrättsdomare utgår ifrån, men utgör även ett analyshjälpmedel vid tolkningen, kodningen och tematiseringen av insamlade intervjudata.

Verktyget utgörs inte av en enskild teori, utan av ett ramverk som består av två teoretiska teman och vissa underliggande antaganden. Dessa teman och antaganden redogörs för närmare längre fram i avsnittet, men kan sammanfattningsvis beskrivas utgå från antagandet att underrättsdomares uppfattningar, värderingar och reflektioner i förhållande till olika rättskällor samt hur den rättstillämpande rollen ska, bör, kan eller inte får utföras kan ge uttryck för olika föreställningar om den rättstillämpande rollens innebörd.

Antagandet behöver dock inte innebära att underrättsdomaren själv är medveten om att hens uppfattning om exempelvis en viss rättskälla också kan ge uttryck för en viss föreställning om rollen.[308] Mot bakgrund av studiens vetenskapsteoretiska ansats betraktas underrättsdomarens uppfattningar som meningsbärande och som, oavsett underrättsdomarens medvetenhet eller inte, kan tolkas i relation till underliggande föreställningar om den rättstillämpande rollen.[309]

Vad gäller innehållet i det teoretiska verktyget är det utvecklat med utgångspunkt i tidigare forskning och litteratur. Verktyget är avsiktligt generellt

[308] Jfr Ställvik, 2009, s. 116, som uttrycker att en stor del av dömandet torde ske på rutin och mer eller mindre intuitivt, vilket innebär att domaren troligtvis inte alltid är medveten om hur hen använder sig av rättskällorna i ett konkret fall. Motsvarande bör kunna sägas om hur domare resonerar kring rättskällorna.

[309] Se Bourdieu, 1992, s. 56.

utformat och fungerar i intervjustudien som en vägledande ram. I mötet med intervjudatan konkretiseras verktygets innebörd, exempelvis genom begreppsliga preciseringar.

Samtidigt som det teoretiska verktyget fungerar som en analytisk lins och ett sätt att operationalisera den rättstillämpande rollen, bygger studien givetvis även på analys av intervjudata som mer explicit ger uttryck för föreställningar om den rättstillämpande rollen. Detta kan exempelvis vara intervjudata som rör underrättsdomarens huvudsakliga konstitutionella funktion, självständighet eller förhållandet till den nationella lagstiftaren, vilka i sig kan ge uttryck för olika rollföreställningar.

Det första temat som det teoretiska verktyget består av utgår från ett övergripande antagande om att underrättsdomares uppfattningar om hur rättstillämpning ska, bör, kan eller inte får utföras kan ge uttryck för hur underrättsdomare föreställer sig innebörden av sin roll som rättstillämpare, samt hur den relaterar till andra konstitutionella aktörer. Underrättsdomares uppfattningar eller resonemang om rättstillämpningens praktiska utförande betraktas således i denna studie som meningsbärande uttryck för hur underrättsdomare förstår sin rättstillämpande roll och dess förhållande till den nationella lagstiftaren.[310]

Genom att analysera underrättsdomares uppfattning om bland annat metoden för rättstillämpning i allmänhet, rättstillämpningssituationer som kan upplevas särskilt komplexa eller svåra, det egna utrymmet för tolkning och eventuellt utrymme för rättsbildning kan olika föreställningar uttolkas. Dessa föreställningar kan exempelvis handla om gränsen mellan rättstillämpning och rättsbildning, eller huruvida den rättstillämpande rollen innefattar en kontrollerande funktion i förhållande till den nationella lagstiftaren.

Det andra temat som det teoretiska verktyget består av utgår från antagandet att underrättsdomares uppfattningar, värderingar och förhållande till olika

[310] Se Sunnqvist, 2014, s. 41, som utgår från en liknande utgångspunkt, men som dock analyserar ett annat material och i stället för roll undersöker domarens attityd. Enligt Sunnqvist handlar frågan om domarens attityd mycket om domarens utgångspunkter och tillvägagångssätt. Som exempel på frågor som Sunnqvist menar kan belysa domares attityd nämner han: ”[u]tgår domaren från lagen eller grundlagen i sitt dömande?” och ”[g]ranskar domaren att lagstiftaren har hållit sig inom de utsatta gränserna och att föreskrifterna har stöd i, eller åtminstone inte strider mot, högre regler och att de är klara, tydliga och offentliggjorda på rätt sätt?, Sunnqvist, 2014, s. 41. För att undersöka dessa frågor studerade Sunnqvist hur domare har resonerat i sina domar och vilken attityd som framgår av domares sätt att resonera i frågorna. Jfr även Derlén och Lindholm, 2016, s. 146, som skriver att ”den metod som domstolar använder identifierar deras roll i rättssystemet.” Likaså bör domares rättskälleuppfattningar kunna informera om hur domare föreställer sig sin rättstillämpande roll.

rättskällor kan ge uttryck för hur underrättsdomare föreställer sig innebörden av sin rättstillämpande roll, samt hur rollen förhåller sig till andra konstitutionella aktörer. Detta tema kan ses som ett undertema till det första temat, eftersom underrättsdomares rättskälleuppfattningar utgör en viktig del av deras uppfattningar om hur rättstillämpning ska, bör, kan eller inte får utföras.[311]

Rättskälleuppfattningar betraktas härmed inte som neutrala, utan ses som meningsbärande och laddade med olika ideal och värderingar. Underrättsdomares uppfattningar, värderingar och förhållande till olika rättskällor betraktas i studien således inte primärt som information om rättskällornas eller rättskällelärans praktiska bruk, utan ses främst som en teoretisk och analytisk ingång till att förstå olika rollföreställningar. Innan jag utvecklar och exemplifierar denna utgångspunkt vidare ska dock något kort sägas om vad jag avser med rättskällor.[312]

Med begreppet rättskällor avses i studien både materiella och formella rättskällor. Materiella rättskällor inbegriper alla de skäl som kan ge normer en rättslig auktoritet, giltighet och innebörd. Sammantaget kan en materiell rättskälla beskrivas som en källa till rättslig auktoritet. Formella rättskällor avser i sin tur det material som källor till rättslig auktoritet, det vill säga materiella rättskällor, kan anses ha sitt ursprung i och som enligt Peczeniks terminologi ”skall, bör eller åtminstone får åberopas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation […].”[313]

De formella rättskällorna behövs för att innebörden av en materiell rättskälla ska kunna fastställas. Som exempel på rättskällor i enlighet med den definition som används här kan således lagstiftning, förarbeten, praxis, doktrin, sedvana och allmänna rättsprinciper nämnas. Lagstiftning, förarbeten, praxis och doktrin är exempel på formella rättskällor då de utgör ursprunget för och tjänar som bevis för innebörden av olika materiella rättskällor samt ska, bör eller får åberopas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation. Sedvana och allmänna rättsprinciper är exempel på källor till rättslig auktoritet, det vill säga materiella rättskällor, medan det material som auktoritativt beskriver innebörden av dessa källor utgör formella rättskällor.[314]

Min utgångspunkt att underrättsdomares rättskälleuppfattningar kan ge uttryck för olika ideal, värderingar och föreställningar om den rättstillämpande rollens innebörd följer bland annat av att rättskällors beskaffenhet och karaktär

[311] Jfr Lindholm, Derlén och Naurin, 2025, s. 124.

[312] Det kan här betonas att min definition och uppfattning om vad som utgör rättskällor inte behöver överensstämma med vad andra, som t.ex. de underrättsdomare som jag intervjuat, uppfattar som rättskällor.

[313] Peczenik, 1995, s. 210.

[314] Jfr Peczenik, 1995, s. 209–211.

kan variera, vilket påverkar hur mycket tolkningsutrymme domaren har. Vissa rättskällor är mer vaga och lämnar därmed större utrymme för domarens egna bedömningar, medan andra är mer precisa och därigenom begränsar domarens handlingsutrymme mer.[315]

Ett klassiskt exempel på rättskällor som kan anses mer vaga och således lämnar ett större utrymme för domarens bedömning är sådana som föreskriver rättigheter. Kelsen har likställt rättigheter med obegränsad naturlag. Domstolars genomdrivande av rättigheter skulle därför enligt Kelsen tillintetgöra skillnaden mellan domstolar som negativa normgivare och lagstiftaren som positiv normgivare.[316] Ytterligare ett exempel är oskrivna rättskällor som exempelvis allmänna rättsprinciper, vilka bör ge domaren ett större tolkningsutrymme än detaljerade och skrivna rättskällor.[317]

En underrättsdomare som uttrycker att det enda hen har att tillämpa vid sin rättstillämpning är lagstiftning och att denna ska tolkas mot bakgrund av lagstiftarens intentioner, uttrycker en rättskälleuppfattning som begränsar domarens eget tolkningsutrymme. Denna rättskälleuppfattning kan tolkas som ett uttryck för en föreställning om den rättstillämpande rollen som framför allt en lagtillämpande och återhållsam roll, där domaren främst fungerar som förmedlare av lagstiftarens vilja. En underrättsdomare som däremot uttrycker en större öppenhet inför att använda sig av exempelvis allmänna rättsprinciper i sin rättstillämpning, eller som betonar vikten av tydlig och precist formulerad lagstiftning, kan ge uttryck för en annan föreställning om den rättstillämpande rollen. Här framträder en mer självständig och aktiv roll, inom vilken underrättsdomaren inte enbart tillämpar lagen utan också kan bidra till rättens utveckling genom tolkning och kan granska den nationella lagstiftarens lagstiftningsprodukter.[318]

Underrättsdomares uppfattningar om vad som utgör legitima rättskällor att använda sig av i sin rättstillämpning och vad som inte utgör det, kan även särskilja vad de uppfattar som rättsligt från vad som inte är rättsligt.[319] Härigenom kan underrättsdomares rättskälleuppfattningar också informera om vilka aktörer de uppfattar som rättsbildande auktoriteter, samt vilka de inte uppfattar som det.[320]

[315] Se Guarnieri och Pederzoli, 2002, s. 5; Cappelletti, 1989, s. 7–8.

[316] Stone Sweet, 2012, s. 819 med hänvisning till Hans Kelsen, La garantie juridictionnelle de la constitution, i *Revue de Droit Public*, 1928.

[317] Se Cappelletti, 1989, s. 7–8.

[318] Se Lindholm, Derlén och Naurin, 2025, s. 126.

[319] Se Hesselink, 2009, s. 30; Lindholm, Derlén och Naurin, 2025, s. 124.

[320] Se Sunstein, 1996, s. 13; Lindholm, Derlén och Naurin, 2025, s. 124.

Lindholm, Derlén och Naurin har som exempel tagit upp att uppfattningen att det finns styrande och bindande prejudikat erkänner samt förstärker de högsta domstolsinstansernas rättsbildande auktoritet. På motsvarande sätt minskar den nationella lagstiftarens rättsbildande auktoritet genom uppfattningen att allmänna rättsprinciper kan ha företräde framför nationell lagstiftning.[321]

Utöver att underrättsdomares rättskälleuppfattningar kan informera om vad underrättsdomare anser som rättsligt och inte, samt vilka aktörer som tillerkänns rättsbildande auktoritet, utgår jag från att rättskälleuppfattningar härmed även kan informera om hur den rättstillämpande rollen föreställs, förstås och positioneras i förhållande till andra rättsbildande aktörer.[322] Exempelvis kan en uppfattning om att allmänna rättsprinciper i vissa fall kan ha företräde framför nationell lagstiftning ge uttryck för en föreställning om att underrättsdomarens rättstillämpande roll även innefattar självständig normprövning, vilket kan medföra ett ansvar att värna om vissa övergripande rättsliga principer framför ett genomdrivande av nationell lagstiftning. Underrättsdomarens rättstillämpande roll kan enligt denna uppfattning förstås innefatta en kontrollerande funktion i förhållande till den nationella lagstiftaren.

Sammantaget skapar kombinationen av dessa två teman, uppfattningar om rättstillämpningens utförande och rättskälleuppfattningar, en ingång till att undersöka och analysera olika föreställningar om underrättsdomarens rättstillämpande roll och dess relation till den nationella lagstiftaren som kommer till uttryck i insamlade intervjudata. Det teoretiska verktyget möjliggör en tolkning av meningsbärande uttryck, där underrättsdomares uppfattningar och värderingar beträffande dessa teman kan konkretisera hur rollen förstås och positioneras.

3.4 Det första delsyftet: undersöka rollföreställningar och konstruera illustrerande roller

Studiens första delsyfte består av att undersöka olika föreställningar om den rättstillämpande rollen och dess förhållande till den nationella lagstiftaren som underrättsdomare verksamma i Sverige ger uttryck för. Härutöver innefattar delsyftet att konstruera olika rättstillämpande roller som illustrerar dessa föreställningar.

För att uppfylla det första delsyftet har jag inledningsvis utfört en datainsamling genom att intervjua underrättsdomare verksamma i Sverige. I

[321] Lindholm, Derlén och Naurin, 2025, s. 124.

[322] Se Sunnqvist, 2014, s. 41.

avsnitt 3.4.1 följer en redogörelse för metoden och genomförandet av intervjuerna, tillsammans med de överväganden och ställningstaganden som gjorts under planeringen samt genomförandet av dem.

Jag använder mig därefter av en tematisk analys för att bearbeta och systematisera den intervjudata som samlats in genom intervjuerna, i syfte att konstruera olika rättstillämpande roller som kan illustrera de föreställningar om den rättstillämpande rollen som kommer till uttryck i intervjudatan. En översiktlig beskrivning av tematisk analys som metod och en närmare redogörelse för hur jag utför den tematiska analysen i denna studie följer i avsnitt 3.4.2.

3.4.1 Datainsamling genom intervjuer

Under våren 2021 intervjuades sammanlagt 20 ordinarie domare verksamma i underrätt.[323] Intervjuerna, som kan beskrivas som utforskande och explorativa, har avsett att samla in information om intervjupersonernas uppfattningar, värderingar och reflektioner i förhållande till olika rättskällor samt hur den rättstillämpande rollen ska, bör, kan eller inte får utföras. I avsnitten som följer redogör jag bland annat för urvalet av intervjupersoner, intervjuernas teman och upplägg samt hur genomförandet av intervjuerna har gått till.

3.4.1.1 Intervjupersoner och urval

Varje intervjuperson har tilldelats en personlig kod enligt listan nedan.[324] Listan visar även vilken domstol som respektive intervjuperson var aktiv vid när intervjun genomfördes. Totalt var 12 av intervjupersonerna verksamma i tingsrätt medan 8 var verksamma i förvaltningsrätt.

IP1: Domare tingsrätt
IP2: Domare förvaltningsrätt
IP3: Domare tingsrätt
IP4: Domare tingsrätt
IP5: Domare förvaltningsrätt
IP6: Domare tingsrätt
IP7: Domare tingsrätt
IP8: Domare förvaltningsrätt
IP9: Domare tingsrätt
IP10: Domare tingsrätt
IP11: Domare tingsrätt
IP12: Domare förvaltningsrätt
IP13: Domare förvaltningsrätt
IP14: Domare tingsrätt
IP15: Domare förvaltningsrätt
IP16: Domare tingsrätt
IP17: Domare förvaltningsrätt
IP18: Domare förvaltningsrätt
IP19: Domare tingsrätt
IP20: Domare tingsrätt

[323] I den fortsatta framställningen benämns en ordinarie domare som intervjuats som intervjuperson.

[324] Intervjupersonernas identitet har härigenom pseudonymiserats.

Bland intervjupersonerna finns lagmän, chefsrådmän och rådmän representerade. Hälften av intervjupersonerna är kvinnor och den andra hälften är män.

Det finns idag sammanlagt 48 tingsrätter och 12 förvaltningsrätter i Sverige.[325] Av dessa finns åtta tingsrätter samt åtta förvaltningsrätter representerade i den insamlade intervjudatan. Vidare finns minst en tingsrätt och en förvaltningsrätt från varje hovrätts respektive kammarrätts domkrets representerade i datan.[326]

Avsikten med urvalet av intervjupersoner har varit att få en spridning vad avser olika typer av ordinarie domare, kön, domstolsslag, domstolarnas geografiska position samt domstolarnas storlek. Denna spridning har eftersträvats för att uppnå en variation av perspektiv och erfarenheter i den insamlade intervjudatan.[327] Spridningen har således inte varit teoretiskt motiverad eller syftat till att möjliggöra jämförelser mellan de olika urvalskategorierna. Det bör också tilläggas att antalet intervjupersoner och representanter från respektive urvalskategori inte har varit tillräckligt stort för att göra meningsfulla jämförelser mellan de olika kategorierna.

Det huvudsakliga tillvägagångssättet för att komma i kontakt med potentiella intervjupersoner har bestått av att skicka ut förfrågningar genom e-post till lagmän vid Sveriges underrätter. Förfrågan innehöll en kort beskrivning av studien tillsammans med en fråga om lagmannen kunde hänvisa till ordinarie domare vid den aktuella underrätten som potentiellt skulle vara intresserade av att delta i studien. Härutöver har även så kallad *snowball sampling* använts för att komma i kontakt med potentiella intervjupersoner. Användningen av snowboll sampling har inneburit att de intervjupersoner som deltagit i intervjustudien har tillfrågats om de kan rekommendera andra tänkbara intervjupersoner.[328]

Alla underrättsdomare som har blivit förfrågade om att delta i studien har tillsänts ett informationsbrev innehållande information om bland annat studien, hur intervjun går till, hur personuppgifter och insamlade data hanteras, att det var frivilligt att delta i studien samt möjligheten att när som helst och utan orsak avbryta sitt deltagande.

Hur många intervjupersoner som skulle intervjuas var inte bestämt innan intervjustudien påbörjades, utan har utvärderats löpande i takt med att

[325] Se bilaga till förordningen (1982:996) om tingsrätternas domkretsar och 5 § förordningen (1977:937) om allmänna förvaltningsdomstolars behörighet m.m.

[326] I Sverige finns det sammanlagt sex hovrätter samt fyra kammarrätter, se 1 § förordningen (1992:128) om hovrätternas domkretsar och 1 § förordningen (1977:937) om allmänna förvaltningsdomstolars behörighet m.m.

[327] Se Rubin och Rubin, 2005, s. 67–68.

[328] Se Edwards och Holland, 2013, s. 6.

intervjuerna fortskridit. I den löpande bedömningen har huvudsakligen strävan efter viss mättnad i insamlade intervjudata haft betydelse. Att uppnå mättnad är ett förekommande mål vid genomförandet av kvalitativa intervjustudier. Målet innebär att den som genomför intervjuer fortsätter att hålla intervjuer med nya intervjupersoner till dess att intervjuerna inte längre tillför något nytt i förhållande till det som sagts i tidigare intervjuer. Insamlade intervjudata betraktas då som mättad.[329]

På grund av den breda och explorativa ingången i intervjuerna är det svårt att garantera att fullständig mättnad uppnåtts i studiens samtliga delar och detaljer. Under intervjuerna har jag dock upplevt en övergripande känsla av igenkänning och upprepning beträffande innehållet i de svar som olika intervjupersoner givit beträffande intervjuernas huvudsakliga teman. Detta talar för att det i vart fall uppstått en mättnad i den insamlade intervjudata som berör intervjustudiens primära teman.

Det kan tilläggas att fullständig mättnad framför allt har betydelse när avsikten är att utifrån insamlade intervjudata dra slutsatser avsedda att vara representativa för en större grupp än den som faktiskt deltagit i studien, för att ge en generaliserbar bild av det aktuella studieobjektet.[330] Som tidigare framhållits är det inte ambitionen i denna studie.[331]

3.4.1.2 Intervjuguidens teman och upplägg

Inför intervjuerna upprättades en intervjuguide innehållande en översikt av de primära teman som intervjuerna avsåg att beröra samt exempel på frågor att ställa under respektive tema.[332] I utformandet av intervjuguiden har det teoretiska verktyg som redogjorts för i avsnitt 3.3 varit styrande. Intervjuguiden har härmed baserats på det sammanfattade antagandet om att underrättsdomares uppfattningar, värderingar och reflektioner i förhållande till olika rättskällor samt hur den rättstillämpande rollen ska, bör, kan eller inte får utföras kan ge uttryck för olika föreställningar om den rättstillämpande rollens innebörd.

Totalt omfattade intervjuguiden sex huvudsakliga teman:[333]

[329] Edwards och Holland, 2013, s. 65.

[330] Jfr Rubin och Rubin, 2005, s. 68.

[331] Se avsnitt 3.2.2.

[332] Se Kvale och Brinkman, 2014, s. 172; Edwards och Holland, 2013, s. 29.

[333] Under de fem första intervjuerna innehöll intervjuguiden endast fem huvudsakliga teman. Det sjätte temat lades till i intervjuguiden inför den sjätte intervjun, efter att ämnet för temat kommit upp under den fjärde och femte intervjun. Utöver dessa sex huvudsakliga teman innehöll intervjuguiden även förslag på frågor rörande intervjupersonens professionella bakgrund och

Tema 1:	Metoden för rättstillämpning i allmänhet.
Tema 2:	Synen på och användningen av olika rättskällor.
Tema 3:	Situationer när rättstillämpningen kan uppfattas som svårare, mer komplicerad eller problematisk på något sätt.
Tema 4:	Underrättsdomarens utrymme för bedömning och utfyllnad i rättstillämpningen.
Tema 5:	Domskrivning och mer specifikt den skriftliga motiveringen av domstolens bedömning av de rättsliga frågorna i ett mål.
Tema 6:	Huruvida förutsättningarna och metoden för rättstillämpning i tings- respektive förvaltningsrätt skiljer sig från förutsättningarna eller metoden i andra domstolsinstanser eller domstolsslag.

Valet att basera intervjuguiden på det teoretiska verktyget har följt av att jag förutsatte att det skulle vara lättare för intervjupersonerna att föra ett samtal om rättstillämpningens mer praktiska och konkreta dimensioner, jämfört med att föra ett mer abstrakt eller teoretiskt samtal om den rättstillämpande rollen.

3.4.1.3 Intervjuernas genomförande

Samtliga intervjuer har genomförts med en intervjuperson i taget via telefon.[334] Ljudet från intervjuerna har spelats in för att sedan transkriberas. Den längsta intervjun tog drygt en timme medan den kortaste pågick i cirka 19 minuter. Alla intervjupersoner har innan intervjun fått information om att den beräknade tiden för intervjun är cirka en timme.

Att längden på intervjuerna har varierat kan bero på flera orsaker. Det kan bland annat följa av att intervjupersonerna har utvecklat sina svar och reflekterat kring dem i olika omfattning eller att det har funnits en variation i antalet följdfrågor som ställts. Vad avser den kortaste intervjun berodde dess längd även på att intervjupersonen innan intervjuns början uppgav sig ha begränsat med tid.

nuvarande tjänst samt avslutande frågor för att fånga upp eventuella tillägg eller förtydliganden från intervjupersonens sida innan intervjun avslutades. Se intervjuguiden i Bilaga 1.

[334] Det kan här noteras att den initiala planen var att genomföra i vart fall några av intervjuerna vid fysiska möten med intervjupersonerna. På grund av covid-19-pandemin och efterföljande rekommendationer om fysisk distansering gick denna initiala plan dock inte att utföra. Samtliga intervjuer fick därför genomföras via telefon.

I början av varje intervju har intervjupersonen fått muntlig information om avhandlingsprojektet samt möjlighet att ställa frågor om projektet och intervjuns genomförande. Inspelningen av intervjun har därefter startat och intervjupersonen har tillfrågats om hen samtycker till att delta i intervjustudien. Skriftliga samtycken från intervjupersonerna har även samlats in efter att intervjuerna avslutats.[335]

Intervjusamtalen har varit semistrukturerade, vilket innebär att samtalen under intervjuerna har utgått från temana och exempelfrågorna i intervjuguiden. Intervjuguiden har dock inte följts mekaniskt under intervjuerna, utan det har funnits en flexibilitet beträffande när de olika temana har behandlats och hur frågor har formulerats. Det har även funnits en möjlighet att anpassa intervjuerna och ställa följdfrågor beroende på intervjupersonens intressen och svar.[336] Alla intervjupersoner har således inte fått exakt samma frågor. I huvudsak har dock samtliga intervjuer rört sig inom de på förhand bestämda temana.

3.4.2 Den tematiska analysen

För att bearbeta, systematisera och analysera den intervjudata som samlats in genom intervjuerna, i syfte att konstruera olika rättstillämpande roller som illustrerar de olika rollföreställningar som kommer till uttryck i intervjudatan, utför jag en tematisk analys.[337] Tematisk analys kan sammanfattningsvis beskrivas som:

> […] a method for developing, analysing and interpreting patterns across a qualitative dataset, which involves systematic processes of data coding to develop themes – themes are your ultimate analytic purpose.[338]

Detta avsnitt inleds med en övergripande beskrivning av tematisk analys som metod för att analysera kvalitativa data, i syfte att introducera metoden för de

[335] I något fall glömdes frågan om muntligt samtycke bort i inledningen av intervjun. Skriftliga samtycken har dock erhållits av samtliga intervjupersoner efter att intervjuerna avslutats.

[336] Se Kvale och Brinkman, 2014, s. 172; Edwards och Holland, 2013, s. 29.

[337] För exempel på annan rättsvetenskaplig forskning där tematisk analys har använts se t.ex. Lindgren, 2024, s. 62 f. där Lindgren ger en kortare beskrivning av den tematiska analysen följt av en redogörelse för hur hon använt sig av metoden för att bearbeta ett forskningsmaterial på skatterättens område; Johansson Klöves, 2024, s. 69 f. där Johansson Klöves redogör för hur hon har använts sig av en tematisk analys för att analysera beslut fattade av Migrationsverket; Holm, 2021, s. 300–319 där Holm har använt sig av en tematisk analys för att analysera intervjudata inom området internationell straffrätt.

[338] Braun och Clarke, 2022, s. 4.

läsare som inte är familjära med den. Därefter följer en närmare redogörelse för hur jag använder mig av och genomför den tematiska analysen inom ramen för denna studie; det vill säga hur jag går till väga för att konstruera olika rättstillämpande roller utifrån de rollföreställningar som kommer till uttryck i insamlade intervjudata. Avslutningsvis beskrivs i avsnittet även hur jag presenterar resultatet av den gjorda analysen och hur jag använder mig av intervjucitat i presentationen av resultatet.

3.4.2.1 (Reflexiv) tematisk analys

Den tematiska analys som genomförs i denna studie tar utgångspunkt i ett angreppssätt som utvecklats av Virginia Braun och Victoria Clarke.[339] Med det sagt finns det även andra angreppssätt för att analysera kvalitativa data tematiskt.[340] Det som förenar de olika angreppssätten har beskrivits vara ett intresse för meningsmönster, vilket utvecklas genom en kodningsprocess av kvalitativa data.[341]

Mitt val att ta utgångspunkt i Braun och Clarkes modell för tematisk analys följer av att den dels erbjuder teoretiskt flexibilitet, dels harmonierar med mina vetenskapsteoretiska utgångspunkter. Modellen lämnar stort utrymme för olika typer av teoretiska ramverk och är inte bunden till en viss teoribildning. Den utgör härmed ett flexibelt forskningsverktyg som kan möjliggöra en detaljerad men samtidigt komplex redogörelse av kvalitativa data.[342] Modellen framhäver även forskarens roll i kunskapsproduktionen och betonar behovet av ett reflexivt förhållningssätt till forskningsprocessen. Kunskap betraktas som situerad, vilket förutsätter ett transparent och kritiskt förhållningssätt till den egna rollen som forskare samt forskningsprocessen i sin helhet. Mot bakgrund av modellens betoning på reflexivitet har Braun och Clarke benämnt sitt angreppssätt som *reflexiv tematisk analys*.[343]

Valet är även motiverat av praktiska skäl. Braun och Clarkes modell tillhandahåller tydliga och utvecklade riktlinjer för hur den analytiska processen

[339] Se Braun och Clarke, 2006, s. 77–101 där de för första gången utvecklade sina tankar om tematisk analys inom ramen för kvalitativ psykologi. De har därefter skrivit ett flertal artiklar på ämnet, se t.ex. Braun och Clarke, 2016, s. 739–743; Braun och Clarke, 2019, s. 589–597; Braun och Clarke, 2021, s. 328–352. De har även författat en utförlig beskrivning av metoden i en bok, se Braun och Clarke, 2022.

[340] Se Braun och Clarke, 2022, s. 224 f. för en kortfattat redogörelse av den historiska utvecklingen av tematisk analys och olika varianter av metoden.

[341] Braun och Clarke, 2022, s. 4.

[342] Se Braun och Clarke, 2006, s. 78. Jfr även Braun och Clarke, 2022, s. 4–5 och 9.

[343] Se Braun och Clarke, 2019, s. 594. Jfr även Braun och Clarke, 2022, s. 5 och 12–13.

inom reflexiv tematisk analys kan gå till. De är dock noga med att poängtera att dessa riktlinjer inte utgör regler, eftersom de lämnar det upp till den enskilda forskaren att navigera i och göra eventuella val som kan uppstå under processen.[344]

Enligt den modell av tematisk analys som Braun och Clarke har utvecklat består den analytiska processen av sex olika faser: (1) bekanta sig med sin data, (2) kodning av data, (3) initial utformning av teman, (4) utvärdering av teman, (5) definition och namngivning av teman samt (6) framställa och presentera resultatet av analysen.[345] Att den analytiska processen kan delas upp i sex faser innebär dock inte att processen är linjär. Processen kan snarare beskrivas som en framåtskridande process där det ingår att forskaren kan behöva rör sig fram och tillbaka mellan de olika faserna.[346]

Den första fasen går ut på att bekanta sig med den data som är föremål för analys. Här kan bland annat ingå att transkribera data, läsa igenom hela datasamlingen, engagera sig i datasamlingen samt att föra inledande anteckningar om vad som är intressant i datasamlingen och idéer om potentiella meningsmönster.[347]

Begreppet mening, eller på engelska *meaning,* är ett vanligt förekommande begrepp i tematisk analys, eftersom analysen både är en meningsskapande process och syftar till att tolka eller identifiera olika meningsmönster inom en datasamling. Med begreppet avses inte enbart exempelvis en texts bokstavliga betydelse, utan även vad texten kan anses betyda utifrån ett visst sammanhang. Braun och Clarke är därför noga att poängtera att mening inte är något som enkelt utvinns ur eller upptäcks i en datasamling, utan är något som skapas i interaktionen mellan forskaren, datasamlingen och det sammanhang som analysen sker inom.[348]

I den andra fasen går forskaren igenom hela datasamlingen systematiskt för att identifiera datasegment som är av eventuell relevans och meningsfulla för den aktuella forskningsfrågan. Relevanta och meningsfulla datasegment ges i sin tur egna kärnfulla beskrivningar i form av koder eller kodetiketter. Kodningen går

[344] Braun och Clarke, 2022, s. 10–11.

[345] Se Braun och Clarke, 2022, s. 34–36; Braun och Clarke, 2006, s. 87.

[346] Se Braun och Clarke, 2022, s. 36; Braun och Clarke, 2006, s. 86.

[347] Se Braun och Clarke, 2022, s. 35; Braun och Clarke, 2006, s. 87–88.

[348] Se Braun och Clarke, 2022, s. 45. De noterar dock att det ibland är svårt att använda ett språk som inte ger sken av att mening är något som enkelt kan upptäckas i en datasamling. Jag instämmer i denna uppfattning och vill därför här betona att jag inte betraktar mening som något som hittas eller som objektivt finns i en datasamling, även om jag händelsevis skulle använda mig av ett språk som kan misstas för att signalera en sådan uppfattning.

inte enbart ut på att reducera och sammanfatta all data, utan handlar även om att få ett analytiskt grepp om den.[349]

Enligt Braun och Clarkes modell kan kodning ske på olika analytiska nivåer. Den kan både ske på en ytlig, explicit och semantisk nivå eller på en mer konceptuell, implicit och underliggande nivå. [350] Modellen tillåter även både ett induktivt och ett deduktivt angreppssätt i kodningen, eller en sammanblandning av angreppssätten.[351] Oavsett angreppssätt ses dock kodningen som en tolkande och situerad process. Kodningen är öppen och koder växer fram organiskt genom processen. Inom reflexiv tematisk analys utförs kodningen därför vanligtvis utan kodbok och förbestämda kodetiketter.[352] Detta innebär dock inte att kodningen betraktas som fri från teori. Oavsett om kodningen sker induktivt eller deduktivt betraktas kodningen som mer eller mindre teoretiskt inbäddad, eftersom forskaren som utför kodningen alltid bär med sig någon form av teoretisk förförståelse in i kodningen.[353]

Den tredje fasen syftar till att börja konstruera teman utifrån meningsmönster i hela datasamlingen. I denna fas sammanställs kluster av koder som enligt forskaren verkar dela en för forskningsfrågan central idé eller mening. Till skillnad från koder, som avser att ta fasta på en särskild mening i ett visst datasegment, består teman av flera koder som tillsammans delar ett bredare meningsmönster.[354] Varje tema ska således bestå av en central idé som även ska linjera med de koder som sorterats under temat. Det är den centrala idén som håller ihop temat.[355]

I den fjärde fasen utvärderas de teman som konstruerats i den tredje fasen. Utvärderingen sker på två nivåer. Den första nivån avser en utvärdering huruvida de koder som sorterats under ett tema bildar ett sammanhängande meningsmönster och således linjerar med den centrala idén som håller ihop temat. Den andra nivån innefattar en utvärdering av de konstruerade temana i förhållande till hela datasamlingen. Utvärderingen går här ut på att undersöka om

[349] Braun och Clarke, 2022, s. 35.

[350] Braun och Clarke, 2022, s. 35.

[351] Braun och Clarke, 2022, s. 56.

[352] Braun och Clark, 2021, s. 333–334. Se även Braun och Clarke, 2022, s. 246–247.

[353] Se Braun och Clarke, 2021, s. 337–338. Se även Braun och Clarke, 2022, s. 56–57, där det uttrycks att även om forskaren alltid bär med sig en förförståelse är det enligt Braun och Clarke möjligt med ett induktivt orienterat angreppssätt. Ett induktivt angreppssätt kan ändå betona datans betydelse eller mening och syfta till att basera kodningen utifrån denna.

[354] Se Braun och Clarke, 2022, s. 35.

[355] Braun och Clarke, 2022, s. 89.

temana tillsammans återspeglar de viktigaste meningsmönstren som framgår av datasamlingen och som är relevanta för den aktuella forskningsfrågan.[356]

Utvärderingen i den fjärde fasen kan medföra att forskaren behöver gå tillbaka till tidigare faser i den analytiska processen. I slutet av den fjärde fasen bör forskaren dock ha en förhållandevis god uppfattning om vilka de huvudsakliga temana är, hur de förhåller sig till varandra och det övergripande narrativet som temana förmedlar om datasamlingen.[357]

Den femte fasen går ut på att förfina samtliga teman som konstruerats i analysen. I denna fas ingår att tydligt definiera varje tema. Fasen kan exempelvis innefatta att skriva kortare sammanfattningar om den centrala idén eller kärnan i respektive tema.[358] Det är även i denna fas som varje tema ges informativa benämningar.[359]

Ibland kan den femte fasen även innefatta en undersökning om temana innehåller några underteman som också kan behöva definieras och benämnas. Underteman utgör teman inom ett huvudtema och kan vara användbara för att strukturera omfattande och komplexa huvudteman.[360]

Den sjätte och avslutande fasen innefattar att skriva en slutlig presentation av resultatet av den analytiska processen. Eftersom den tematiska analysen föregår själva presentationen av analysen och dess resultat är syftet med den sjätte fasen att presentera en övertygande samt välunderbyggd berättelse om datasamlingen. Presentationen måste härmed ge tillräckliga bevis för att de teman som presenteras har stöd i den data som varit föremål för analysen. Härutöver ska presentationen inte enbart underbygga temana, utan även relateras till den forskningsfråga som analysen avsett att besvara.[361]

Braun och Clarke påpekar att den sjätte fasen inte ska betraktas som en fas fristående från den analytiska processen. Framställningen av presentationen utgör snarare en del av den analytiska processen inom reflexiv tematisk analys. Analysen fortskrider genom den skriftliga framställningen av presentationen. Teman kan därför revideras ända fram till att presentationen är färdigställd.[362]

I genomförandet av den tematiska analysen i denna studie vägleds jag av Braun och Clarkes modell och de sex olika faser som den består av. Som nämnts tidigare ska modellen och dess faser dock enbart betraktas som riktlinjer, eftersom den

[356] Se Braun och Clarke, 2022, s. 35; Braun och Clarke, 2006, s. 91–92.

[357] Se Braun och Clarke, 2006, s. 91–92.

[358] Jfr avsnitten som benämns ”Kärnan i rollen” i avhandlingens Del II, avsnitt 4.1, 5.1 och 6.1.

[359] Braun och Clarke, 2022, s. 36; Braun och Clarke, 2006, s. 92–93.

[360] Se Braun och Clarke, 2006, s. 92–93.

[361] Se Braun och Clarke, 2006, s. 93.

[362] Se Braun och Clarke, 2022, s. 118.

lämnar utrymme för den enskilda forskaren att navigera och göra val i den analytiska processen mot bakgrund av studiens specifika förutsättningar. I det följande redogör jag därför närmare för hur jag navigerar och genomför den tematiska analysen inom ramen för studien.

3.4.2.2 Genomförandet av den tematiska analysen

Denna redogörelse utgör en beskrivning av den analytiska processen efter att samtliga 20 intervjuer har genomförts och således efter att all intervjudata har samlats in. Det kan dock noteras att den analytiska processen intuitivt och oundvikligen har börjat redan under genomförandet av intervjuerna och insamlandet av intervjudata.[363]

Motsvarande Braun och Clarkes modell har min analytiska process inte varit linjär, utan är snarare cirkulär.[364] Framför allt har de analytiska faserna som innefattar kodning av intervjudata och konstruktion, utvärdering samt presentation av de konstruerade temana genomförts parallellt, om vartannat och i flera omgångar. Denna rörelse mellan faserna har varit nödvändig för att få en fördjupad förståelse av datan och en för datan representativ tematisering.

Det första som gjordes efter att den sista intervjun var avslutad var att jag transkriberade de inspelade intervjuerna till text. Bortsett från viss pseudonymisering har transkriberingarna gjorts ordagrant och i överensstämmelse med det som sades under intervjuerna. När transkriberingarna var färdigställda skedde en förhållandevis förutsättningslös närläsning av samtliga transkriberingar för att få en fördjupad förståelse om innehållet i den insamlade intervjudatan.[365] Parallellt med transkriberingen och närläsningen har jag fört anteckningar om vad jag funnit intressant i datan. Redan i denna fas har jag börjat anteckna eventuella meningsmönster utifrån min tolkning av datan.

Efter den inledande närläsningen har jag gjort en övergripande utvärdering av all insamlade intervjudata. Vid denna utvärdering har jag ställt mig frågan om datan är tillräcklig och relevant för att besvara den aktuella forskningsfrågan; det

[363] Detta har bland annat resulterat i att ett sjätte tema i intervjuguiden har lagts till och att jag ställt följdfrågor under intervjuernas genomförande.

[364] Se Braun och Clarke, 2022, s. 36; Braun och Clarke, 2006, s. 86.

[365] Med att jag gjorde en förhållandevis förutsättningslös närläsning avses att jag i denna fas inte aktivt tog utgångspunkt i studiens teoretiska verktyg för att förstå datan, men eftersom jag instämmer med Braun och Clarkes uppfattning om att forskaren alltid bär med sig en teoretisk förförståelse som påverkar läsningen ser jag det som omöjligt att göra en fullständigt förutsättningslös läsning.

vill säga om det utifrån datan var möjligt att konstruera och illustrera olika föreställningar om innebörden av underrättsdomarens roll som rättstillämpare.[366]

Som tidigare beskrivits har ingången i intervjuerna varit explorativ och intervjuguiden har omfattat flera teman formulerade utifrån det teoretiska verktyget, som redogjorts för i avsnitt 3.3. Vid utvärderingen har jag kommit fram till att intervjuerna sammantaget har resulterat i en innehållsrik och omfattande data som i stora delar kan ligga till grund för konstruktioner av olika föreställningar om underrättsdomarens rättstillämpande roll. Jag har dock gjort bedömningen att vissa segment av intervjudatan är svåra att relatera till forskningsfrågan. Av den anledningen har jag valt att utesluta vissa intervjudata från den fortsatta analysen. Den intervjudata som har uteslutits från vidare analys har framför allt avsett intervjudata på temat domskrivning, så som följande två exempel:[367]

> //[ML]: Hur ska man gå till väga när man skriver dom? Vad ska tas med i domskälen och vad kan lämnas utanför?
>
> [IP10]: Det är framför allt parterna som är de primära läsarna, så man ska förklara hur man har kommit fram till det här slutet som man har kommit fram till. Vad man skriver där beror litegrann på målet.
>
> I många mål är det bevisfrågorna som är i förgrunden och då skriver man om det. Sedan kanske det är alldeles givet att det här ska bedömas på ett visst sätt. Om man har gjort det man nu påstås ha gjort. Det kan vara i det närmaste en ickefråga faktiskt. Hur det som har hänt ska bedömas.
>
> Men man ska förklara hur man kommer fram till slutet och tonvikten där bygger väldigt mycket egentligen på vart frågorna i målet har legat. Det kan vara bevisfrågor, men det kan också vara rättsfrågor. Ibland är man överens om vad som har hänt men man kvalificerar det olika.//
>
> //[ML]: Om man tänker domskrivning. Hur ska man gå till väga där? Vad ska tas med i domskäl och vad kan lämnas utanför?
>
> [IP7]: Det är också lite från fall till fall. Jag tycker att man ska ta med saker så att den som blir bedömd känner sig lyssnad på. Jag tycker att man ska utgå från att de som berörs av domen läser den och är intresserade av innehållet, även om det kanske inte är så. Det vet jag inte. Det kan vara olika, men jag tycker ändå att man ska ha det som utgångspunkt. Man ska ta upp saker så att den person som är part

[366] Denna utvärdering kan också förstås som en utvärdering av den insamlade intervjudatans validitet. Jfr Kvale och Brinkmann, 2014, s. 296 där det uttrycks att validitet i en kvalitativ studie kan avse i vilken utsträckning en viss metod undersöker det fenomen som den avser att undersöka.

[367] Uteslutningen avsåg härmed främst intervjudata som samlats in efter frågor utifrån tema 6 i intervjuguiden, se intervjuguiden i Bilaga 1.

> i målet förstår att man har hört vad den har sagt och förklara varför man bedömer saker på vissa sätt. Sedan kanske inte alla invändningar eller alla saker bör förklaras lika ingående och lika mycket.
>
> Ofta kommer det upp sådant som man inte tycker hör till saken och som inte har någon betydelse för saken. Det tycker jag att man antingen kan utelämna eller skriva att det här har tagits upp men att man bedömer att det inte hör till saken. Alla ska förstå vad det är man har gjort och hur man har kommit fram till det man har kommit fram till.//

Båda dessa exempel är visserligen intressanta intervjucitat som bland annat ger uttryck för att intervjupersonerna betraktar parterna i målet som de huvudsakliga mottagarna av den skriftliga domen, vilket påverkar hur de skriver sina domskäl. Denna data skulle exempelvis kunna vara intressant i en studie som rör underrättsdomarens kommunikativa roll. Däremot är datan svårare att relatera till underrättsdomarens rättstillämpande roll och dess förhållande till den nationella lagstiftaren.

Efter den övergripande utvärderingen och avgränsningen av den insamlade intervjudatan har en systematisk kodning av den återstående datasamlingen inletts. Denna fas har innefattat ytterligare en närläsning av datasamlingen där jag har börjat kategorisera datasegment som jag har bedömt som relevanta och meningsfulla i relation till forskningsfrågan. Varje datasegment har i sin tur fått en egen eller flera kortare beskrivningar som syftat till att fånga segmentets centrala meningsinnehåll. Dessa beskrivningar kan liknas med koder.

Vid kodningen har en blandning mellan ett induktivt och ett deduktivt angreppssätt använts. Å ena sidan har jag varit datadriven i min kodning så till vida att jag utgått från den insamlade intervjudatan och dess meningsinnehåll när jag formulerat mina koder. Kodningen har varit öppen och växt fram utifrån min tolkning av insamlade intervjudata. Den har således inte skett utifrån en på förhand formulerad kodbok. Å andra sidan har jag vägletts av studiens teoretiska verktyg vid min tolkning och kodning av intervjudatan. Det teoretiska verktyget kan i denna fas, enligt Braun och Clarkes metafor, liknas vid en analytisk lins genom vilken jag har tolkat och förstått datasegmenten.[368] Jag instämmer vidare med Braun och Clarkes uppfattning om att tolkning och kodning alltid bör betraktas som mer eller mindre teoretiskt inbäddad, eftersom den som utför analysen bär på en teoretisk förförståelse som är svår att separera sig själv ifrån.[369]

Det har varierat huruvida datasegmenten har kodats utifrån dess explicita eller implicita innehåll och mening. Vissa segment har kodats utifrån hur jag har tolkat

[368] Braun och Clarke, 2022, s. 57.

[369] Se Braun och Clarke, 2022, s. 56–57; Braun och Clarke, 2021, s. 337–338.

dess explicita innehåll, medan andra har kodats utifrån min tolkning av dess implicita mening.

När hela datasamlingen har kodats en gång har flera omgångar av omkodning och kodreducering genomförts. Denna fas har bland annat inneburit att jag har identifierat återkommande meningsmönster i flera koder, vilket har möjliggjort en sammanslagning av likartade koder till en mer övergripande och sammanfattande kod. Genom denna reducerande kodning har koderna även blivit alltmer implicita i sin karaktär, jämfört med den mer deskriptiva och explicita karaktär som präglade den inledande kodningen.[370]

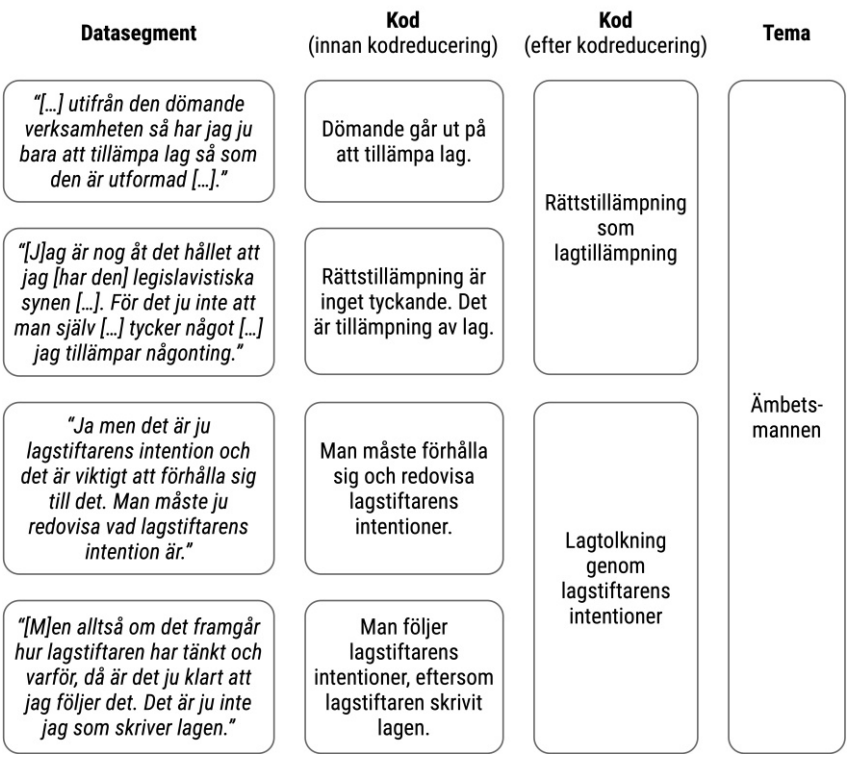
För att säkerställa tydlighet i kodningen har den kodreducerade fasen även inneburit att vissa koder och tillhörande datasegment har uteslutits från den fortsatta analysen, om de har bedömts vara för otydliga eller svårtolkade i relation till forskningsfrågan.

De koder som kodningen resulterat i har sedan utgjort grunden för den fortsatta analysen, som har innefattat en sortering av koder till potentiella teman. Sorteringen har grundat sig på en jämförelse mellan samtliga koder, genom vilken jag har identifierat olika meningsmönster och motsättningar mellan olika koder. De koder som jag har bedömt delar ett bredare meningsinnehåll har sammanförts till ett kluster som konstruerar ett tema. Varje tema består således av ett antal koder som delar ett övergripande meningsinnehåll. Det är detta meningsinnehåll som konstruerar och håller ihop respektive tema.[371]

Figur 1 illustrerar ett mycket förenklat exempel på hur inledande kodning, kodreducering och efterföljande tematisering har gått till. Exemplet fyller enbart ett illustrativt syfte och informerar inte om samtliga omkodningar som skett i den analytiska processen eller om alla koder som tillsammans konstruerar det aktuella temat.

[370] Jfr Braun och Clarke, 2022, s. 57–58.

[371] Se Braun och Clarke, 2022, s. 35 och 89.



Figur 1: illustrerande exempel på den tematiska analysen.

I sorteringen av koder till olika teman har jag även eftersträvat att skapa en tydlig distinktion mellan varje tema, och dess respektive kodkluster. Syftet med detta har varit att temana tillsammans ska spegla den bredd och variation som finns i den intervjudata som samlats in. De teman som konstruerats har sedermera utvärderats i förhållande till både de kodkluster som konstruerar respektive tema och hela datasamlingen i linje med Braun och Clarkes modell.[372]

Sorteringen av koder har slutligen resulterat i tre huvudsakliga teman som illustrerar olika föreställningar om underrättsdomarens roll som rättstillämpare och förhållanden till den nationella lagstiftaren, som kommer till uttryck i den insamlade intervjudatan. I redogörelsen för resultatet av analysen, som presenteras i avhandlingens Del II, har varje tema fått karaktären av en domarroll

[372] Se Braun och Clarke, 2022, s. 35; Braun och Clarke, 2006, s. 91–92. Det kan tilläggas att de teman som konstruerats även har utvärderats löpande i dialog med mina handledare. Denna dialog har ibland medfört att jag behövt backa i den analytiska processen för att t.ex. se över vissa koder eller min tematisering.

och de koder som konstruerar varje roll benämns av pedagogiska skäl som underteman eller uttryck till respektive roll.[373]

De tre domarrollerna har fått benämningarna *Ämbetsmannen, Väktaren* och *Kreatören*. Benämningarna ska enbart ses som beskrivande och syftar inte till att förmedla några normativa ställningstaganden gentemot innehållet i något av temana.[374] Jag vill även betona att en roll inte avser att återspegla eller motsvara en föreställning om den rättstillämpande rollen hos en intervjuperson. Faktum är att en och samma intervjuperson kan ha gett uttryck för flera olika och ibland motsägelsefulla rollföreställningar.[375]

De konstruerade rollerna är alltså resultatet av min tematiska analys av den insamlade intervjudatan. Intervjupersonernas utsagor i intervjudatan är deras egna, men de konstruerade rollerna är min situerade berättelse om dessa utsagor.[376]

3.4.2.3 Citatanvändning

I redogörelsen för resultatet av den tematiska analysen som presenteras i avhandlingens Del II använder jag mig av intervjucitat från den insamlade intervjudatan, för att exemplifiera hur de olika temana kommer till uttryck i datan och för att stödja min analys. Valet av intervjucitat att ta med i redogörelsen baserar jag på citatens tydlighet och dess förmåga att fånga essensen av det tema samt de koder som de ska exemplifiera.

Utskrifterna av intervjucitaten har bearbetats och ibland kortats ned för att underlätta läsningen av dem. Bearbetningen har gjorts varsamt i syfte att bibehålla intervjucitatens meningsinnehåll. Beabetningen innebär att ordföljder i vissa fall har justerats när det har bedömts underlätta läsningen, men inte har bedömts påverka meningsinnehållet i intervjucitaten. Utifrån samma syfte och bedömning har även mellanord som exempelvis ”ju, ”liksom” och ”så” tagits bort i utskrifterna av intervjucitaten.[377]

[373] Inspirationen till att konstruera olika illustrerande roller har bl.a. hämtats från Sunstein, 2015, som identifierar fyra konstitutionella personligheter som avser att illustrera olika domarroller i USA:s Högsta domstol. Jfr även Wallerman, 2019, s. 155–174, som beskriver tre arketyper av nationella domare och deras sannolika motiv samt beteende i processen för förhandsavgöranden från EU-domstolen.

[374] Se Sunstein, 2015, s. 7, som gör motsvarande poäng.

[375] Jfr Sunstein, 2015, s. 3.

[376] Jfr Braun och Clarke, 2022, s. 10–11.

[377] För vidare läsning om de val som forskaren ställs inför vid utskrift av intervjucitat och frågor om reliabilitet, validitet samt etik vid utskriften se Kvale och Brinkmann, 2014, s. 217–228. Kvale och Brinkmann beskriver bl.a. utskriften av intervjuer som ”konstruktioner från muntliga samtal

Nedan följer ett exempel på ett intervjucitat i två versioner för att exemplifiera hur bearbetningen har gått till.

Intervjucitatet före bearbetning:

> //[IP17]: Eh, ja, det som är jätteviktigt för en domare det är ju att man ska kunna först och främst ringa in liksom frågan i målet. Vad handlar det här om. Och där ska man lägga ned rätt så mycket krut så man har det klart för sig liksom i huvudet och sedan när jag börjar med ett mål så börjar jag ögna beslutet, det överklagade beslutet, och så läser jag också överklagandet snabbt. För då har jag liksom ramen för processen rätt så klar för mig. Man kan ju liksom inte börja med det första arket, för det kan ju hända att de bara har överklagat en liten del i det där, så att då läser man ju på helt onödiga saker. Men sedan så får man ju titta på argumentationen och liksom vad är, vad är knäcken i det här. Och sedan när man ska börja då kontrollera, då går man ju till den relevanta bestämmelsen. Den lag som gäller för det här. Och jag är nog åt det hållet att jag, aa här, legislavistiska synen som jag tycker också HFD har. Att man är rätt så noggrann med liksom att följa lagen. Att bestämmelsen måste stå med. Jag har till exempel sett domar där man inte liksom så tydlig med vad är det för bestämmelse man förhåller sig till. Och det tycker jag, det är ju jätteviktigt. För det är ju inte att man själv sitter och tycker någonting. Utan jag tillämpar ju liksom någonting. Så lagen den tittar jag på rätt så noggrant. Och är ju också noggrann fastän det är saker som vi jobbar med rätt så ofta. Att jag har korrekt lydelse. Det får ju bara liksom inte vara fel när det gäller bestämmelsen.//

Intervjucitatet efter bearbetning:

> //[IP17]: Det som är jätteviktigt för en domare är att man först och främst ska kunna ringa in frågan i målet. Vad det här handlar om. Där ska man lägga ned rätt mycket krut, så att man har det klart för sig i huvudet.
>
> När jag sedan börjar med ett mål börjar jag med att ögna beslutet. Det överklagade beslutet. Jag läser också överklagandet snabbt. Då har jag ramen för processen rätt klar för mig. Man kan inte börja med det första arket. För det kan hända att de bara har överklagat en liten del i det där och då läser man på helt onödiga saker. Sedan får man titta på argumentationen och vad det är som är knäckfrågan i det här.
>
> När man sedan ska börja kontrollera går man till den relevanta bestämmelsen. Den lag som gäller för det här. Jag har nog en legislavistisk syn, som jag också tycker att HFD har. Att man är rätt noggrann med att följa lagen. Bestämmelsen måste stå med.
>
> Jag har till exempel sett domar där man inte är så tydlig med vad det är för bestämmelse man förhåller sig till och det tycker jag är jätteviktigt. För det är inte att man själv sitter och tycker någonting, utan jag tillämpar någonting. Så lagen tittar jag på rätt noggrant, även om det är saker som vi jobbar med rätt ofta. Att jag har korrekt lydelse. Det får inte vara fel när det gäller bestämmelsen.//

till skriven text", vilket förutsätter tolkning av den forskare som skriver ut intervjuerna, Kvale och Brinkmann, 2014, s. 224–225. Jag instämmer i denna beskrivning.

3.5 Det andra delsyftet: empiridriven analys av rollföreställningar

Det andra delsyftet består av en empiridriven och tolkande analys av de rollföreställningar som konstrueras inom ramen för det första delsyftet. Analysen syftar till att belysa och fördjupa förståelsen av hur rollföreställningarna kan begripliggöras och ges mening i förhållande till vissa institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar samt till tidigare diskussioner om den svenska domarrollen. Härmed gör analysen inte anspråk på att förklara varför vissa rollföreställningar förekommer och avser inte heller att normativt utvärdera rollföreställningarna.

Att analysen är empiridriven innebär att de institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar samt diskussioner om den svenska domarrollen som aktualiseras i analysen inte är bestämda på förhand. De förutsättningar och diskussioner som tas upp i analysen identifieras och avgränsas i stället utifrån vad som framstår som relevant mot bakgrund av den intervjudata som konstruerar rollföreställningarna samt mot bakgrund av studiens övergripande syfte och kontextuella bakgrund. Denna ansats kan beskrivas som induktiv såtillvida att analysens fokus utvecklas mot bakgrund av intervjudatan, snarare än att styras av ett i förväg preciserat teoretiskt ramverk.[378]

I linje med analysens empiridrivna ansats gör analysen inte heller anspråk på att uttömmande kartlägga samtliga institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar eller samtliga tidigare diskussioner om den svenska domarrollen, som rollföreställningarna kan aktualisera. Analysen är i stället avgränsad till de sammanhang som, genom tolkningen av intervjudatan, kan framträda som relevanta för att förstå och ge mening åt föreställningarna i relation till studiens syfte och kontextuella bakgrund.

Att analysen är tolkande till sin karaktär innebär att de rollföreställningar som analyseras inte betraktas som objektivt givna fenomen, utan som meningsbärande konstruktioner som kan tolkas på olika sätt beroende på vilket sammanhang de relateras till.[379] Genom att relatera rollföreställningarna till institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar samt till tidigare diskussioner om den svenska domarrollen ges föreställningarna en kontextuell inramning. Analysen syftar härigenom till att belysa hur rollföreställningarna kan förstås i relation till exempelvis instansordningen, underrättsdomarens konstitutionella funktioner och hur den svenska domarrollen tidigare har

[378] Se Braun och Clarke, 2022, s. 10.

[379] Jfr avsnitt 3.2.

beskrivits. De institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningarna samt de tidigare diskussionerna som aktualiseras i analysen fungerar härmed som analytiska tolkningsramar snarare än som självständiga studieobjekt.

Med underrättsdomarens institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar avses i detta sammanhang de normativa rättsliga ramar som kan ha betydelse för hur den rättstillämpande rollen förstås och tolkas. De institutionella förutsättningarna avser de rättsligt reglerade organisatoriska och strukturella villkor som omger underrättsdomaren, såsom exempelvis domstolarnas organisation och hierarki.[380] De konstitutionellrättsliga förutsättningarna avser de normer som tilldelar och begränsar den offentliga makt som underrättsdomaren har i det svenska konstitutionella systemet.[381] Utgångspunkten är vidare att den konstitutionella rätten består av både skrivna konstitutionella rättskällor, såsom regeringsformen, Europakonventionen, EU-fördragen samt nationell lagstiftning och nationella förordningar av konstitutionell relevans, och oskriven konstitutionell rätt i form av exempelvis allmänna rättsprinciper, rättspraxis och konstitutionell tradition eller kultur.[382]

För att rekonstruera de normativa rättsliga ramar som aktualiseras i analysen använder jag mig av verktyg och tekniker som traditionellt brukar hänföras till en rättsdogmatisk metod.[383] Förenklat kan rättsdogmatisk metod beskrivas innefatta en tolkning och systematisering av rättskällor i syfte att utröna vad som utgör gällande rätt eller en rättsregel.[384] Härutöver kan det i en rättsdogmatisk metod beskrivas ingå ett behärskande av ”rättskälleläran, den juridiska argumentationen, den juridiska begreppsbildningen och systematiken m m.”[385]

Att jag använder mig av verktyg och tekniker som kan hänföras till en rättsdogmatisk metod innebär att jag utifrån en tolkning och systematisering av relevanta rättskällor kommer fram till en konkretiserad föreställning om de

[380] Jfr Ställvik, 2009, s. 161; Guarnieri och Pederzoli, 2002, s. 5 och 78 f.

[381] Jfr Hallström, 2010, s. 577–578; Smith, 2004, s. 682; Finer, Bogdanor och Rudden, 1995, s. 1–2.

[382] Jfr Derlén, Lindholm och Naarttijärvi, 2025, s. 30–31 och 94; Wilske, 2024, s. 301 f.; Tuori, 2014, s. 6; Smith och Petersson, 2004, s. 13–14; Tuori, 2002, s. 227.

[383] Jfr Bladini, 2013, s. 52 som också nämner att det finns vissa verktyg och tekniker som brukar hänföras till vad som brukar benämnas som rättsdogmatisk metod.

[384] Se t.ex. Hjertstedt, 2019, s. 167; Hellner, 2001, s. 22–23; Svensson, 1997, s. 30–31; Peczenik, 1995, s. 312 som använder olika verb för att beskriva vad rättsdogmatisk metod används för, men som gemensamt uttrycker att objektet är gällande rätt. Jfr även Kleineman, 2025, s. 25 som bl.a. uttrycker att rättsdogmatik syftar till att rekonstruera en rättsregel. Jag vill här betona att detta är en mycket förenklad beskrivning och att det finns olika uppfattningar om vad som karaktäriserar en rättsdogmatisk metod, se Sandgren, 2009(2), s. 118–119.

[385] Sandgren, 2009(1), s. 10–11.

rättsregler som kan sägas ingå i det normativa rättsliga ramverket.[386] Det innebär även att jag använder mig av en juridisk argumentation grundad på rättskällelära.[387] Den juridiska argumentationen grundas härmed på en föreställning om vilka rättskällor som är auktoritativa för att rekonstruera de normativa rättsliga ramar som kan ha betydelse för hur den rättstillämpande rollen förstås och tolkas.[388]

Utöver de institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningarna utgår analysen, som framgått, också från tidigare diskussioner om den svenska domarrollen som kommer till uttryck i juridisk litteratur och andra rättsliga forum.[389] De tidigare diskussionerna om den svenska domarrollen används som ett tolkningssammanhang, genom vilket rollföreställningarna kan relateras till etablerade beskrivningar av och ideal som tillskrivits domarrollen.

Sammanfattningsvis kan analysen i studiens andra delsyfte beskrivas som meningsskapande snarare än förklarande. Genom att placera rollföreställningarna i relation till institutionella, konstitutionellrättsliga och diskursiva sammanhang skapas förutsättningar för en fördjupad förståelse av hur föreställningarna kan begripliggöras eller ges mening inom ramen för dessa sammanhang.

[386] Det kan här påpekas att min användning av verktyg och tekniker med förankring i rättsdogmatiken inte innebär att jag gör anspråk på ett fastställa en objektiv rättslig sanning. Min ansats ska snarare förstås som konstruktionistisk, där rättsdogmatiska verktyg och tekniker används i syfte att rekonstruera en konkretiserad föreställning om rättsreglerna, jfr Svensson, 2014, s. 214–215. Jag utgår härmed från att rättsreglerna inte existerar som objektiva objekt, utan att de är skapade konstruktioner som får mening och innehåll genom varje givet tolknings- eller tillämpningstillfälle utifrån ett visst kontextuellt sammanhang, se Gustafsson, 2021, s. 33f. not 27 tillsammans med Bladini, 2013, s. 35–36; Svensson, 1997, s. 30 och 266. Denna utgångspunkt innebär dock inte att jag tar avstånd från att rättsreglerna är verkliga. Rättsreglerna betraktas som verkliga i den meningen att de existerar som skapade konstruktioner och som verkande normer i samhället, jfr Hydén, 2002, s. 130–131; Svensson, 1997, s. 266.

[387] Rättskällelära har en nära anknytning till rättsdogmatisk metod, se Lehrberg, 2022, s. 97. Jag förhåller mig emellertid kritisk till att benämna rättskälleläran som just en bestämd lära, eftersom det finns olika uppfattningar om vad som avses med rättskällelära och att en rättskällelära kan variera beroende av bl.a. tid och rättsområde, jfr Svensson, 2014, s. 220–221.

[388] Se Svensson, 2014, s. 221.

[389] Med juridisk litteratur avses såväl monografier som artiklar i antologier och juridiska tidskrifter där den svenska domarrollen behandlas. Framställningarna kan vila på såväl rättsvetenskapliga studier som mer allmänt hållna analyser. Med andra rättsliga forum avses annat material av rättslig relevans där uppfattningar om domarrollen i Sverige har kommit till uttryck, såsom exempelvis olika typer av lagstiftningsförarbeten.

3.6 Det tredje delsyftet: jämförande analys mellan rollföreställningar

Studiens tredje delsyfte består som tidigare framgått av att jämföra de olika rollföreställningarna och analysera likheter, skillnader och eventuella motsättningar mellan dem. Avsikten med delsyftet är att belysa och fördjupa förståelsen av rollföreställningarnas inbördes variationer och relationer.

För att uppfylla delsyftet gör jag en jämförande analys mellan de olika rollföreställningarna, de olika underteman som rollföreställningarna är konstruerade utifrån och olika underliggande rättsteoretiska uppfattningar som rollföreställningarna kan antas vila på eller förutsätta.

Vad avser de underliggande rättsteoretiska uppfattningarna utgår jag inte från några tidigare formulerade rättsteorier som grund för min analys. I stället uttolkar jag, genom en analys av rollföreställningarna, olika underliggande uppfattningar om rätten som rollföreställningarna kan antas vila på eller förutsätta. Dessa underliggande uppfattningar kommer inte nödvändigtvis till explicit uttryck i de olika föreställningarna om underrättsdomarens rättstillämpande roll, utan konstrueras genom min analys och tolkning av föreställningarna enligt följande slutledning: om den rättstillämpande rollen föreställs vara *x*, kan det förutsätta att rätten uppfattas som *y*.

Ett exempel på detta är rollföreställningen som illustreras genom ”Ämbetsmannen”. Den föreställning om underrättsdomarens rättstillämpande roll som Ämbetsmannen illustrerar bör, enligt min analys, förutsätta en rättsteoretisk uppfattning om:

1. att rätten, i form av lagstiftning eller annan genom den nationella lagstiftningsprocessen producerad rätt, innehåller regler eller tydlig vägledning för att lösa alla rättsfrågor som underrättsdomaren kan ställas inför, och

2. att rätten är förhållandevis enhetlig, det vill säga att rätten inte innehåller rättsregler som står i konflikt med eller motsäger varandra.

De underliggande rättsteoretiska uppfattningarna ligger i sin tur till grund för en diskussion som syftar till att fördjupa förståelsen av hur de olika rollföreställningarna kan relateras till och förstås utifrån olika uppfattningar om rätten. De ligger även till grund för den jämförande analysen av de olika föreställningarna om den rättstillämpande rollen som de konstruerade rollerna illustrerar.

Resultatet av den jämförande analysen och den empiridrivna analysen, som utförs inom ramen för studiens andra delsyfte, utgör sedan ett tolkningsunderlag

för att analysera hur likheterna, skillnaderna och konfliktytorna mellan rollföreställningarna kan förstås och ges mening. Utifrån denna analys för jag en diskussion om hur relationerna mellan de olika rollföreställningarna kan förstås. En av rollföreställningarna tolkas som ett förankrat ideal, en annan som en utmanare till detta ideal, medan den tredje tolkas som en föreställning som uttrycker en spänning eller konflikt mellan ideal och rättslig praktik.

Genom denna flerdelade analys uppfylls det tredje delsyftet och resultaten från de tidigare delsyftena sammanförs till en samlad förståelse av hur underrättsdomarens rättstillämpande roll och dess relation till den nationella lagstiftaren kan förstås av dem som praktiserar rollen.

DEL II:
UNDERRÄTTSDOMARENS RÄTTSTILLÄMPANDE ROLLER

4 Ämbetsmannen

4.1 Kärnan i rollen

Det första huvudtemat som konstruerats genom den tematiska analysen av insamlade intervjudata har fått benämningen *Ämbetsmannen*.[390] Sammantaget illustrerar Ämbetsmannen en föreställning om att underrättsdomarens rättstillämpande roll framför allt går ut på att tillämpa rätt som producerats av lagstiftaren genom den nationella lagstiftningsprocessen. Den nationella lagstiftaren betraktas av Ämbetsmannen som den huvudsakliga källan till rättens innehåll. Det är den nationella lagstiftarens vilja och tolkningar av rätten som underrättsdomaren genom sin rättstillämpning främst bör upprätthålla och realisera.

Med den nationella lagstiftaren avser Ämbetsmannen inte enbart riksdagen, som är den aktör som har den formella lagstiftande makten enligt regeringsformen.[391] Ämbetsmannen betraktar även lagstiftaren som upphovsmakare till lagens förarbeten och har således en bredare definition av eller möjligtvis en mer korporativistisk syn på lagstiftarbegreppet.[392]

Ämbetsmannens rollföreställning innebär en tydlig distinktion mellan underrättsdomarens rättstillämpande roll och den nationella lagstiftarens roll

[390] Benämningen Ämbetsmannen är inspirerad av Svante Nordins framställning om ”den klassiska ämbetsmannen”, eftersom Ämbetsmannen som konstruktion och illustration i vissa delar påminner om den klassiska ämbetsmannen så som den framställs av Nordin. Den klassiska ämbetsmannen framställs i Nordins text som en företrädare för det offentliga och staten, vars uppgift är att verkställa statsviljan. Vid utförandet av denna uppgift beskrivs den klassiska ämbetsmannen som någon som objektivt och opolitiskt följer de lagar som staten beslutat om. Den klassiska ämbetsmannen företräder enligt Nordin ”ett ideal om lagbunden rätt” och ser till att denna rätt, och ingenting annat, förverkligas, se Nordin, 1988, s. 38–41. Nordin refererar i sin framställning om den klassiska ämbetsmannen bland annat till en uppfattning företrädd av den tyske filosofiprofessorn Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770–1831) och den svenske filosofiprofessorn Christopher Jacob Boström (1797–1866). Jfr dock Modéer i SOU 1994:99, Del B, bilaga 20, s. 155–173, som skriver om ”ämbetsmannastatens domarideal” mellan år 1872–1932. Här beskriver Modeér ett domarideal med grund i den liberala rättsstatens ideal och som har mindre likheter med Ämbetsmannen i denna studie. Däremot har Ämbetsmannen fler likheter med det domarideal som enligt Modéer växte fram under ”folkhemmets domarkultur” mellan år 1932–1976, se Modéer i SOU 1994:99, Del B, bilaga 20, s. 173–189. Jfr även Ställvik, 2009, s. 247–250, som där för en diskussion om den svenska domaren som den sista ämbetsmannen.

[391] Jfr 1 kap. 4 § RF.

[392] Se avsnitt 1.4.2.

som den som primärt skapar och definierar den rätt som underrättsdomaren har att tillämpa. Underrättsdomaren bör i rollen som rättstillämpare inte vara delaktig i skapandet av rätten genom att exempelvis fastställa rättsliga lösningar i enskilda fall utifrån mer självständiga eller principinriktade tolkningar av rätten, utan ska framför allt tillämpa den rätt som producerats av lagstiftaren genom den nationella lagstiftningsprocessen.

Givet Ämbetsmannens föreställning om underrättsdomarens rättstillämpande roll är det för Ämbetsmannen inte självklart att underrättsdomaren har en kontrollerande eller granskande funktion i förhållande till den nationella lagstiftaren. Den insamlade intervjudatan ger inte något direkt underlag för att diskutera gränserna för denna inställning. Det förefaller dock till exempel krävas något ”väldigt flagrant”, ”särskilt” eller ”väldigt speciellt” för att Ämbetsmannens tillämpning av nationell lag ska påverkas av internationella rättsliga åtaganden.[393] Ämbetsmannens grundinställning är att den nationella lagstiftaren får stifta de lagar som lagstiftaren vill och är fri att bestämma lagstiftningens närmare innehåll, inom vissa gränser, medan underrättsdomarens främsta uppgift är att tillämpa dessa lagar i sin rättstillämpning. Rollfördelningen bidrar således till en form av lojalitet från underrättsdomarens sida i förhållande till lagstiftaren, vilket gör det svårare för underrättsdomaren att ifrågasätta lagstiftarens beslut om lagens innehåll.

Ämbetsmannens rollföreställning tar sig bland annat uttryck genom en uppfattning om att underrättsdomarens rättstillämpning framför allt handlar om att tillämpa lag. Denna lagtillämpning framställs av Ämbetsmannen som en förhållandevis automatiserad eller mekanisk verksamhet, som inte har något med underrättsdomarens egna åsikter och värderingar att göra och att det också bör vara så.[394] Rollföreställningen påminner således om en domarroll i enlighet med Montesquieus klassiska upplysningsideal där domaren utgör en lagens mun (*bouche de la loi*), vars roll består av att tillämpa lag på en uppkommen situation utan att involvera sina egna värderingar eller moraliska överväganden.[395]

I de fall lagens bestämmelser kräver tolkning är Ämbetsmannen av uppfattningen att lag ska tolkas med beaktande av lagstiftarens intentioner. Lagstiftaren är den som har skapat lagen och är därför enligt Ämbetsmannen bättre lämpad att tolka den än vad Ämbetsmannen själv är i egenskap av underrättsdomare. En tolkning av lag som inte beaktar lagstiftarens intentioner skulle kunna leda till en tillämpning som lagstiftaren inte har avsett, vilket

[393] Se avsnitt 4.5.

[394] Se vidare avsnitt 4.2.

[395] Se Montesquieu, 1989, Bok 11 kapitel 6, s. 163; Cappelletti, 1989, s. 126, 137, 191–192; Ställvik, 2009, s. 115.

Ämbetsmannen betraktar som orimligt. Uppfattningen att lag ska tolkas med beaktande av lagstiftarens intentioner gör i sin tur att Ämbetsmannen lägger stor vikt vid förarbeten, eftersom dessa enligt Ämbetsmannen kan ses som förmedlare av lagstiftarens intentioner med lagen.[396]

Ämbetsmannen känner även ett motstånd inför att i egenskap av underrättsdomare använda sig av allmänna rättsprinciper i sin rättstillämpning, eftersom dessa inte är en produkt av den nationella lagstiftaren. Det är däremot enklare för Ämbetsmannen att tillerkänna allmänna rättsprinciper ett rättskällevärde om de har blivit kodifierade genom lag.[397]

Av samma skäl tillämpar Ämbetsmannen som utgångspunkt nationell rätt framför utomnationell rätt, som Sverige som stat åtagit sig att följa och upprätthålla, vid en potentiell konflikt. Enligt Ämbetsmannen är det den nationella lagstiftaren som bör ha det sista ordet i frågor om huruvida det föreligger en konflikt mellan nationell rätt och utomnationell rätt, samt hur sådana konflikter bäst ska lösas. Det ska därför mycket till för att Ämbetsmannen ska tillämpa utomnationell rätt framför nationell rätt vid en potentiell konflikt.[398]

Den föreställning om underrättsdomarens rättstillämpande roll som Ämbetsmannen illustrerar har konstruerats utifrån en sammansättning av fyra olika underteman. De fyra underteman som tillsammans konstruerar Ämbetsmannen beskrivs och analyseras i de fyra avsnitt som följer och består av: 4.2 *rättstillämpning som lagtillämpning*, 4.3 *lagtolkning genom lagstiftarens intentioner*, 4.4 *principskepticism* och 4.5 *nationellrättsligt företräde*.

I ett avslutande avsnitt följer en analys och diskussion med ansatsen att belysa hur rollföreställningen som Ämbetsmannen illustrerar kan begripliggöras och ges mening, utifrån vissa institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar samt tidigare diskussioner om domarrollen i Sverige.

4.2 Rättstillämpning som lagtillämpning

Det första undertemat som utgör en av byggstenarna i konstruktionen av Ämbetsmannen har skapats av ett antal dataenheter som ger uttryck för att underrättsdomarens roll som rättstillämpare framför allt går ut på att tillämpa lag. Vidare framställs denna tillämpning i ett par av dataenheterna som en nästintill mekanisk eller automatiserad verksamhet som inte innefattar eller bör innefatta något utrymme för underrättsdomarens personliga åsikter eller värderingar.

[396] Se vidare avsnitt 4.3.

[397] Se vidare avsnitt 4.4.

[398] Se vidare avsnitt 4.5.

Ett antal av intervjupersonerna har formulerat sig på ett sätt som kan tolkas som ett betonande av att underrättsdomarens rättstillämpning framför allt handlar om att tillämpa lag. På frågan om hur en domare i tingsrätt ska göra vid rättstillämpning svarar till exempel IP16 följande:

> //[ML]: Hur anser du att en domare i tingsrätten ska göra vid rättstillämpning?
>
> [IP16]: Det är en väldigt generell fråga. Jag tycker du måste vara lite mer specifik i din fråga. Det finns olika perspektiv. Vilket perspektiv vill du ha det från?
>
> [ML]: Vilka olika perspektiv tänker du att det finns?
>
> [IP16]: Ja, utifrån den dömande verksamheten har jag bara att tillämpa lag som den är utformad och utifrån det har jag att anpassa min verksamhet. Om vi säger så.//

På motsvarande fråga, men utifrån hur en underrättsdomare i förvaltningsrätt ska agera, ger även IP17 ett svar som kan tolkas som ett betonande av att underrättsdomarens rättstillämpning främst handlar om att tillämpa lag:

> //[ML]: Hur anser du att en domare i förvaltningsrätten ska göra vid rättstillämpning?
>
> [IP17]: Det som är jätteviktigt för en domare är att man först och främst ska kunna ringa in frågan i målet. Vad det här handlar om. Där ska man lägga ned rätt mycket krut, så att man har det klart för sig i huvudet.
>
> När jag sedan börjar med ett mål börjar jag med att ögna beslutet. Det överklagade beslutet. Jag läser också överklagandet snabbt. Då har jag ramen för processen rätt klar för mig. Man kan inte börja med det första arket. För det kan hända att de bara har överklagat en liten del i det där och då läser man på helt onödiga saker. Sedan får man titta på argumentationen och vad det är som är knäckfrågan i det här.
>
> När man sedan ska börja kontrollera går man till den relevanta bestämmelsen. Den lag som gäller för det här. Jag har nog en legislavistisk syn, som jag också tycker att HFD har. Att man är rätt noggrann med att följa lagen. Bestämmelsen måste stå med.
>
> Jag har till exempel sett domar där man inte är så tydlig med vad det är för bestämmelse man förhåller sig till och det tycker jag är jätteviktigt. För det är inte att man själv sitter och tycker någonting, utan jag tillämpar någonting. Så lagen tittar jag på rätt noggrant, även om det är saker som vi jobbar med rätt ofta. Att jag har korrekt lydelse. Det får inte vara fel när det gäller bestämmelsen.//

Citaten från IP16 och IP17 utgör förhållandevis explicita uttryck för en uppfattning om att underrättsdomarens roll som rättstillämpare framför allt går ut på att tillämpa lag. IP16 uttrycker att hen i sin dömande verksamhet bara har att tillämpa lag utifrån hur den är utformad och att hen sedan har att anpassa sin

verksamhet efter detta. Tillämpning av lag framställs således som det primära vid underrättsdomarens rättstillämpning och det som styr underrättsdomarens vidare verksamhet. IP17 betonar i andra halvan av citatet att det som underrättsdomaren gör vid rättstillämpning är att tillämpa ”någonting” och av citatet framgår även att detta någonting utgörs av lag.

I citatet från IP17 uttrycks också vad som kan tolkas som ett avståndstagande från att underrättsdomarens eget tyckande skulle ha någonting att göra med den rättstillämpning som underrättsdomaren utför. IP17 uttrycker i citatet att det är viktigt att det tydligt framgår vilken lagbestämmelse underrättsdomaren förhåller sig till, eftersom ”det är inte att man själv sitter och tycker någonting” och betonar sedan att det underrättsdomaren gör är att tillämpa någonting. Detta sätt att uttrycka sig på kan tolkas som en uppfattning hos IP17 om att rättstillämpning utgör en objektiv och nästintill mekanisk verksamhet som inte inrymmer underrättsdomarens personliga åsikter och värderingar. Underrättsdomarens rättstillämpande roll framställs således som en roll som främst går ut på att tillämpa förutbestämda lagregler, eller möjligtvis annan förutbestämd rätt, och att det i rollen inte finns något utrymme för underrättsdomarens subjektiva bedömningar eller värderingar. Den rättstillämpande rollen framstår härmed som en nästintill automatiserad funktion, snarare än som en värderande eller tolkande funktion.

En annan intervjuperson som också fört ett resonemang rörande utrymmet för underrättsdomarens egna åsikter och värderingar är IP20. IP20 har givit uttryck för vad som kan tolkas som en uppfattning om att det i underrättsdomarens rättstillämpning inte finns något utrymme för underrättsdomarens åsikter och värderingar och att det också bör förhålla sig så:

> //[IP20]: Det är klart att det finns dealbreakers för mig som domare. Det är till exempel principer som snävas in, personlig närvaro eller rätten till muntlig förhandling. Det har snävats in. Det snävas in och det anpassar vi oss efter.
>
> [ML]: Dealbreakers. Vad kan det vara för någonting? Har du något exempel på det?
>
> [IP20]: Jag har inte ställts inför det, men ibland när man hör pigga initiativ från politiker kan jag ibland tänka och tycka att det skulle vara svårt att arbeta som domare. Jag tror att den här allmänna straffskärpningsivern som finns kan komma att bli problematisk för många domare. Jag tror att straffmyndighetsfrågan, åldern och ungdomshänsyn kan bli problematisk för många underrättsdomare. Mig bland annat.
>
> [ML]: När du säger att det kan bli pro […]

[IP20]: Det tror jag, men då […]

[ML]: […] problematiskt.

[IP20]: Då byter jag jobb helt enkelt. Ja, då byter jag jobb. Jag vill till exempel inte döma barn till fängelse och jag vill inte sitta på ett ointellektuellt och automatiserande sätt döma ut hårdare och hårdare straff. Då vill jag ha ett annat jobb. Tror jag. Den revolutionen får man göra i en annan form. Vi kan inte ha domare som inte följer gällande rätt. Det kan man tycka är bra för stunden, men det blir farligt i förlängningen. Tror jag.

[ML]: Om jag tolkar dig rätt nu, du får rätta mig. Om gällande rätt skulle vara så pass problematisk att det är en dealbreaker enligt din mening, då byter du hellre jobb?

[IP20]: Ja det gör jag. Jag skulle aldrig döma ut ett dödsstraff till exempel. Det kan jag inte. Jag kan inte vara vilket verktyg som helst.//

IP20 beskriver i citatet att det finns vissa allmänna principer gällande exempelvis personlig närvaro som snävas in genom, vad jag tolkar som, ändringar i lag och det anpassar sig underrättsdomare efter.[399] Det finns dock vissa ”dealbreakers” för IP20 som skulle göra att IP20 var tvungen att byta jobb, eftersom IP20 inte ”på ett ointellektuellt och automatiserande sätt” vill tillämpa viss rätt som hen tycker är problematisk.

Även om IP20 ännu inte har ställts inför en ”dealbreaker” uttrycker IP20 i citatet en oro för att politiska initiativ på straffrättens område kan leda till att den rättstillämpande rollen utvecklas till att underrättsdomaren på ett ”ointellektuellt och automatiserande sätt” dömer ”ut hårdare och hårdare straff”. Om underrättsdomaren inte vill vara ett sådant verktyg på grund av att hen tycker att den rätt som ska tillämpas på något sätt är problematisk är det enda alternativet enligt IP20 att underrättsdomaren byter jobb, eftersom vi inte kan ha domare som inte följer gällande rätt. Det framstår således som att det i underrättsdomarens roll som rättstillämpare inte finns något utrymme för underrättsdomaren att reagera mot eller ifrågasätta rätten, utan att underrättsdomarens roll är att tillämpa den rätt som den nationella lagstiftningsprocessen resulterat i. Vill underrättsdomaren inte göra det får hen byta jobb och göra sin ”revolution” på annat sätt än genom rättstillämpningen.

[399] Jag tolkar det som att IP20 pratar om ändringar i lagstiftning, eftersom IP20 pratar om brottmål och straffrätt. Dessa områden bör framför allt falla inom riksdagens lagstiftningskompetens, jfr 8 kap. 2–3 §§ och 11 kap. 2 § RF.

4.3 Lagtolkning genom lagstiftarens intentioner

Den föreställning om underrättsdomarens rättstillämpande roll som Ämbetsmannen illustrerar har även kommit till uttryck genom ett antal dataenheter där intervjupersonerna på olika sätt uttryckt inställningen att lag måste eller ska tolkas med beaktande av lagstiftarens intentioner.

En av intervjupersonerna, IP3, har till exempel uttryckt att lagstiftarens intentioner måste ges betydelse vid tolkning av lag, eftersom det annars kan leda till orimliga situationer eller resultat. Förarbetena kan vara en hjälp i detta tolkningsarbete, eftersom lagstiftaren där talar om sitt syfte med lagen:

> //[ML]: Hur ska man till exempel förhålla sig till lagstiftarens intentioner?
>
> [IP3]: Oftast behöver man inte fundera så mycket på intentioner tycker jag, utan man kan se på lagen och läsa innantill att så här är det helt enkelt. För så har lagstiftaren skrivit.
>
> Men det är klart att det ofta blir, eller ofta, ibland i alla fall så hamnar man kanske i en lagtolkningssituation. Jag är rätt färgad av, det är väl Ekelöf som för länge sedan pratade om den teleologiska lagtolkningsmetoden? Att det är ändamålet man ska titta på.
>
> Jag vet inte riktigt om jag citerar rätt nu, men jag kör på i alla fall. För att ändamålet, intentionerna, hos lagstiftaren måste få betydelse vid tolkningen av lagen. Annars kan man komma till orimliga situationer, orimliga resultat.
>
> Sedan är det väl ofta där som kanske, gissar jag, förarbetena kan vara till hjälp. Att förarbetena är ett sätt för lagstiftaren att utveckla det hela och tala om varför och vad man är ute efter med lagen helt enkelt. Vad man vill med den. Ofta kan man hitta svaret i förarbetena på intentionerna hos lagstiftaren.//

En annan intervjuperson, IP20, har uttryckt att det är viktigt att förhålla sig till lagstiftarens intentioner, så som de framgår av förarbetena. Dessa intentioner måste enligt IP20 redovisas och det vore märkligt om hen som domare inte följde dessa. Om lagstiftaren har en intention är det enligt IP20 den som ska följas:

> //[ML]: Om du läser något i ett förarbete som du inte håller med om. Hur en lagstiftning kan tolkas eller någon vidare utveckling. Hur kan du förhålla dig till det?
>
> [IP20]: Det är lagstiftarens intention och det är viktigt att förhålla sig till det. Man måste redovisa vad lagstiftarens intention är. Det är väldigt märkligt om jag som domare säger att det inte stämmer eller att jag inte håller med om det. Det är så man har tänkt. Man har tänkt. Lagstiftarens intention är till exempel att den här situationen, som vi har här, är försvårande och därför föranleder att en gärning ska bedömas som grovt brott. Då är det så.//

Det sista exemplet som får illustrera inställningen att lagstiftarens intentioner måste eller ska ges betydelse vid tolkning av lag består av ett citat från IP11. IP11 uttrycker i citatet bland annat att det är ”klart” att hen följer förarbetena om det där framgår hur lagstiftaren har tänkt med lagstiftningen och varför. Som motivering till sin följsamhet betonar IP11 att det inte är hen själv som skriver lagen:

> //[ML]: När det kommer till förarbeten, om du inte håller med om något som står där?
>
> [IP11]: Nu är det ganska sällan som det i förarbetena står skall. Det är ofta som det står att man här bör kunna tänka sig. Det är en uppluckrad norm eller hur man ska uttrycka det. Om det inte står överlämnar till rättstillämpningen, vilket jag tycker att de skriver alltför ofta. Då har vi inget att hålla i alls.
>
> HD:s avgöranden känns mycket mer konkretiserade. Man blir mer fastlåst av HD:s bedömningar än de lite mer svepande formuleringar som ofta finns i förarbetena, och eftersom de är mer svepande blir det oftare upp till den enskilde domaren att tolka hur lagstiftaren har tänkt.
>
> Men om det framgår hur lagstiftaren har tänkt och varför är det klart att jag följer det. Det är inte jag som skriver lagen.//

Samtliga tre intervjucitat ger uttryck för inställningen att lag ska eller måste tolkas med beaktande av lagstiftarens intentioner. Utifrån citaten tycks denna inställning motiveras av två olika, men möjligtvis sammanlänkade, rationaliteter. Den första rationaliteten, som utifrån citaten verkar motivera inställningen att lag ska eller måste tolkas med beaktande av lagstiftarens intentioner, har med resultatet av lagtolkningen att göra och kommer till uttryck i citatet av IP3.

I citatet av IP3 uttrycks att lagstiftarens intentioner måste få betydelse vid tolkningen av lag, eftersom underrättsdomaren annars kan komma fram till orimliga resultat. Detta kan tolkas som att IP3 är av uppfattningen att en tolkning av lag som inte beaktar lagstiftarens intentioner skulle kunna leda till en tillämpning av lagen, eller ett utfall givet tillämpningen av lagen som lagstiftaren inte har avsett, vilket enligt IP3 vore orimligt. Den enda rimliga lagtillämpningen eller det enda rimliga utfallet av en lagtillämpning verkar således enligt IP3 vara en tillämpning eller ett utfall som motsvarar, eller i vart fall beaktar, de intentioner som lagstiftaren har haft inför stiftandet av lagen.

Vad som ligger bakom IP3:s föreställning, om att den enda rimliga lagtillämpningen eller det enda rimliga utfallet är en tillämpning eller ett utfall som motsvarar eller i vart fall har beaktat lagstiftarens intentioner, är svårare att uttolka utifrån citatet. IP3 uttrycker sig dock vara färgad av Ekelöfs teleologiska tolkningsmetod. Det finns därför anledning att säga något om den, eftersom den

möjligtvis skulle kunna ge vidare vägledning i vad som ligger bakom IP3:s föreställning.

Den teleologiska tolkningsmetoden som förespråkats av Ekelöf går i korthet ut på att de materiella regler som den lagstiftande verksamheten utmynnat i ska tillämpas av domstolarna så att reglernas ändamål blir förverkligade.[400] Ekelöf gör i sin beskrivning av tolkningsmetoden en distinktion mellan ”klara fall” och ”säregna fall”.[401] Med klara fall avser Ekelöf situationer inom vilka det inte föreligger några oklarheter huruvida de sakomständigheter som situationen omfattar täcks av en lagregels ordalydelse och det inte finns någon anledning för domaren att göra ett reduktionsslut.[402] Med säregna fall syftar Ekelöf något förenklat på situationer där det är mer eller mindre oklart om sakomständigheterna täcks av en lagregels ordalydelse och som således kräver mer tolkning och bedömning från domarens sida.[403]

Vid tolkningen och bedömningen av de säregna fallen menar Ekelöf att tillämpningen ska bidra till att lagen eller den aktuella lagregeln uppfyller samma ändamål som vid tillämpningen i klara fall. När domaren ska göra en bedömning i ett säreget fall ska domaren därför börja med att fastställa det ändamål som den aktuella lagen eller lagregeln skulle ha vid en tillämpning i ett klart fall.[404] Med ändamålet eller ändamålen avser Ekelöf i sin tur den *praktiska funktion* eller *verkan* som lagen eller lagregeln har vid en tillämpning i ett klart fall.[405]

I den teleologiska tolkningsmetoden förespråkad av Ekelöf är det således inte nödvändigtvis lagstiftarens intentioner som utgör ändamålet med en lag eller lagregel. Även om lagstiftarens uttalade intentioner kan vara av stor betydelse vid tolkningen eller bedömningen av en lag eller lagregel, menar Ekelöf att dessa inte bör ges större vikt än lagens eller lagregelns ändamål enligt den definition han givit begreppet.[406] Den teleologiska tolkningsmetoden är enligt Ekelöf därför att betrakta som en ”objektiv” metod och inte en ”subjektiv” metod.[407] Ekelöfs teleologiska tolkningsmetod utgör härmed svårligen en förklaring till IP3:s föreställning att den enda rimliga lagtillämpningen eller rimliga utfallet av en lagtillämpning är en tillämpning eller ett utfall som motsvarar eller i vart fall har

[400] Se Ekelöf m.fl., 2016, s. 99–100.

[401] Ekelöf m.fl., 2016, s. 101–104.

[402] Ekelöf m.fl., 2016, s. 101–102. Se även Peczenik, 1995, s. 367.

[403] Se Ekelöf m.fl., 2016, s. 102–103.

[404] Se Ekelöf m.fl., 2016, s. 103–105.

[405] Ekelöf m.fl., 2016, s. 100. Se även Spaak, 2007, s. 50–51; Peczenik, 1995, s. 370–371; Ekelöf, 1958, s. 79–89.

[406] Se Ekelöf m.fl., 2016, s. 109–110; Ekelöf, 1958, s. 89–95.

[407] Ekelöf m.fl., 2016, s. 109.

beaktat lagstiftarens intentioner, även om IP3 uttrycker sig vara färgad av denna metod. Möjligtvis kan IP3:s inställning följa av en missuppfattning av den teleologiska tolkningsmetoden, så som den förespråkats av Ekelöf.

En annan tänkbar förklaring till IP3:s föreställning är att IP3 har en uppfattning om att lagstiftarens roll, utöver stiftandet av lag, även innefattar att lämna vägledning om hur lagstiftning ska tolkas, medan underrättsdomarens roll främst består av att tillämpa och tolka lag utifrån lagstiftarens intentioner.[408] Detta leder in på den andra rationaliteten som utifrån citaten av IP20 och IP11 verkar kunna ligga bakom inställningen att lag ska eller måste tolkas med beaktande av lagstiftarens intentioner, och som har med just roll- eller funktionsdelningen mellan underrättsdomaren och den nationella lagstiftaren att göra.

Av citaten från IP20 och IP11 läser jag in att intervjupersonerna har en föreställning om att lagstiftarens roll inte enbart går ut på att stifta lag, utan även att genom sina intentioner vägleda hur lagstiftningen ska tolkas, medan underrättsdomarens roll främst går ut på att tolka och tillämpa lagen med beaktande av dessa intentioner. Underrättsdomarens rättstillämpande roll framstår härmed som begränsad till att främst tillämpa den rätt som producerats genom den nationella lagstiftningsprocessen och den nationella lagstiftaren framställs som den huvudsakliga källan eller upphovsmannen till rättens innehåll.

IP20 uttrycker bland annat att det vore märkligt om hen som domare inte följde lagstiftarens intentioner och att om lagstiftaren har en viss intention avseende hur lagen ska förstås eller tolkas är det denna intention som ska följas. Det framstår således som att IP20 uppfattar det som en del av sin roll att följa lagstiftarens intentioner vid tolkning av lag. Att avvika från lagstiftarens intentioner vore enligt IP20 märkligt, eftersom hen i egenskap av domare ska följa dessa intentioner.

IP11 uttrycker att det är ”klart” att hen följer förarbetena om det där framgår hur lagstiftaren har tänkt med lagstiftningen och betonar sedan att det inte är hen själv som skriver lagen. Härmed gör IP11 en liknande distinktion som IP20 mellan sin roll som underrättsdomare och lagstiftarens roll; lagstiftaren skriver lagen och utvecklar sina intentioner med denna genom förarbetena, medan underrättsdomarens roll är att tolka och tillämpa lagen mot bakgrund av lagstiftarens intentioner. Härigenom blir lagstiftarens roll inte enbart att skapa lag, utan även att genom sina intentioner säga hur lagstiftningen ska tolkas. När lagstiftaren inte fullföljer denna roll och i förarbetena i stället överlämnar vissa

[408] Oavsett om denna uppfattning utgör en förklaring till IP3:s föreställning eller inte, så bör IP3:s föreställning få denna rollfördelning mellan underrättsdomaren respektive lagstiftaren som följd.

tolkningsfrågor till rättstillämpningen har underrättsdomaren, enligt IP11, ingenting att stödja sin tolkning på.

I citaten från IP20 och IP11 tycker jag mig även läsa in en uppfattning om att lagstiftaren är den som är bäst, eller i vart fall är bättre lämpad än underrättsdomaren, att säga hur lag ska tolkas. Uppfattning att lagstiftaren är den aktör som bäst vet hur lag ska tolkas torde rimligtvis följa av att lagstiftaren är den som har skapat lagen; eftersom lagstiftaren är skaparen av lagen är lagstiftaren också den som bäst vet hur den är avsedd att tolkas och tillämpas. Detta kommer tydligast till uttryck i citatet av IP11 som hänger upp sin följsamhet till förarbetena på att det inte är hen själv i egenskap av underrättsdomare som skriver lagen, vilket motsatsvis bör kunna förstås som att IP11 följer förarbetena eftersom det är lagstiftaren som har skrivit lagen och även dess förarbeten. Lagstiftaren verkar således av IP11 betraktas som i vart fall bättre lämpad att säga hur lag ska tolkas än hen själv i egenskap av underrättsdomare.

Utöver att ge uttryck för att lagstiftarens intentioner ska eller måste beaktas vid tolkning av lag ger intervjucitaten även uttryck för att intervjupersonerna uppfattar förarbetena som förmedlare av lagstiftarens intentioner. Det förefaller således som att intervjupersonerna inte enbart ser lagstiftaren som skapare av den faktiska lagen och dess bestämmelser, utan även som upphovsmakare till lagens förarbeten. Härigenom kan det argumenteras för att intervjupersonerna har en vidare och mer korporativistisk definition av lagstiftaren än den som följer av regeringsformen. Enligt 1 kap. 4 § regeringsformen är det riksdagen som stiftar lag och således är den aktör som främst besitter den lagstiftande makten. Den typ av förarbeten som företrädesvis är att betrakta som den generellt viktigaste vid lagtolkning och rättstillämpning, propositioner, är dock inte författade av riksdagen, utan snarare av tjänstemän som skriver under en viss departementschef och i förlängningen regeringen.[409]

4.4 Principskepticism

Det tredje undertemat som utgör en del av konstruerandet av Ämbetsmannen har skapats av ett antal dataenheter som ger uttryck för vad jag har valt att benämna som en *principskepticism*. Med principskepticism avses att (1) underrättsdomaren känner en tveksamhet eller ett motstånd inför att använda sig av allmänna rättsprinciper i sin rättstillämpning i egenskap av underrättsdomare

[409] Se avsnitt 1.4.2.

eller (2) att underrättsdomaren har en tendens att sammankoppla allmänna rättsprincipers värde som rättskälla med att de kodifieras genom lagstiftning.

En intervjuperson som gett uttryck för en principskepticism genom att känna en tveksamhet eller ett motstånd inför att använda sig av allmänna rättsprinciper i sin rättstillämpning i egenskap av underrättsdomare är IP2:

> //[ML]: Allmänna rättsprinciper då?
>
> [IP2]: Ja vad är det för något?
>
> [ML]: Ja, vad säger du?
>
> [IP2]: Det finns många. Rättsprinciper erkänner vi egentligen mer och mer inom förvaltningsrätten också. Framför allt eftersom Högsta förvaltningsdomstolen till exempel använder proportionalitetsprincipen. Den är fullkomligt inarbetad numera, vilket den inte var för kanske 25 år sedan. Nu är det jättetydligt vi ska tillämpa den.
>
> Så de används, men det skulle nog vara svårt för mig som underrättsdomare att helt utan stöd i någonting annat dra fram till exempel proportionalitetsprincipen. Fast nu när jag säger det börjar jag direkt tänka att det kanske man kan göra i vissa fall ändå, men det ska nog vara ganska tydligt oproportionerligt utfall för att jag till exempel ska tillämpa en lag på ett visst sätt bara med hänvisning till proportionalitetsprincipen. Men jag kan. Absolut kan jag det.
>
> Det känns så, men egentligen tycker jag att jag har fel som känner så. Det här är någonting som de högsta instanserna gör och som vi sedan tar efter. När de har underkänt någonting med hänvisning till proportionalitetsprincipen, då följer vi med såklart. Men det är kanske lite svårare att göra det själv som underrättsdomare. Om det inte är väldigt tydligt i alla fall.
>
> [ML]: Varför då?
>
> [IP2]: Jag känner väl att jag inte är tillräckligt stor för att kunna underkänna till exempel en ny lagstiftning bara rakt av med hänvisning till proportionalitetsprincipen. När jag säger det så är jag samtidigt lite osäker. Jag kanske har fel i att jag inte skulle kunna det. Jag skulle nog kunna det.//

I intervjucitatet uppger IP2 visserligen att hen skulle kunna tillämpa en lag på ett visst sätt eller underkänna en ny lag med hänvisning till en allmän rättsprincip om det är väldigt tydligt att principen fordrar det. IP2 antyder dock samtidigt att det i egenskap av underrättsdomare finns en tveksamhet eller ett motstånd inför att använda allmänna rättsprinciper på det sättet. Som skäl till denna tveksamhet uttrycker IP2 att hen som underrättsdomare inte känner sig ”tillräckligt stor” för att lättvindigt kunna använda sig av principer i sin rättstillämpning. Användande

av principer i rättstillämpningen är enligt IP2 något som de högsta domstolsinstanserna ägnar sig åt och som underrätterna sedan tar efter.[410]

IP2:s tveksamhet eller motstånd inför att använda sig av allmänna rättsprinciper följer, utifrån min tolkning, av att IP2 uppfattar det som något som inte primärt ingår i underrättsdomarens rättstillämpande roll. Att använda allmänna rättsprinciper utan stöd i något annat, som till exempel lag eller praxis, är enligt IP2 snarare något som ligger inom ramen för de högsta domstolsinstansernas roll. IP2 gör härmed även en skillnad mellan underrättsdomarens roll som rättstillämpare och den roll som domarna i de högsta instanserna har. Medan underrättsdomarens roll framför allt går ut på att tillämpa lag har domarna i de högsta instanserna även till uppgift att kontrollera att lagstiftningen är förenlig och tillämpas i enlighet med allmänna rättsprinciper. Har någon av de högsta instanserna däremot använt sig av en allmän rättsprincip i sin rättstillämpning kan det legitimera att även underrättsdomaren använder sig av principen på samma sätt i sin rättstillämpning.

Citatet ger ingen direkt ledning i varför IP2 upplever det mer legitimt att som underrättsdomare använda sig av en allmän rättsprincip om någon av de högsta domstolsinstanserna har gjort det. En potentiell förklaring till detta skulle dock kunna vara att det finns en genom lag stadgad instansordning som tillskriver de högsta domstolsinstanserna en prejudicerande funktion.[411] Härigenom har lagstiftaren godkänt att de högsta domstolsinstanserna har en vägledande funktion för rättstillämpningen.[412] Mot bakgrund härav kan det argumenteras för att lagstiftaren även har godkänt att underrättsdomaren tar vägledning av de högsta domstolsinstansernas avgöranden, vilket i sin tur skulle kunna innebära att en underrättsdomare upplever det som mer legitimt att använda sig av allmänna rättsprinciper om det är något som följer av de högsta domstolsinstansernas avgöranden.

Ett par av intervjupersonerna har även uttryckt en tendens att sammankoppla principers värde som rättskälla med att de kodifieras genom lagstiftning. En

[410] Se avsnitt 7.2 för en vidare diskussion om konflikten mellan Ämbetsmannen som ideal och IP2:s föreställning om rättens natur samt systematik som kommer till uttryck genom citatet.

[411] Se 54 kap. 10 § 1 st. 1 p. RB och 36 § 1 st. 1 p. FPL. Se även prop. 2007/08:139, s. 21; prop. 2004/05:131, s. 173; prop. 1971:45, s. 83 beträffande HD. Vad avser HFD, se prop. 2012/13:45, s. 133 och prop. 1971:30, s. 72 f.

[412] Jämför med ett citat från IP20 i avsnitt 5.4, under det tredje undertemat, *rättsfallspositivism*, för Väktaren. IP20 ger i citatet bl.a. uttryck för att det finns en hierarki mellan domstolsinstanserna som framgår av lag och det ingår i hens uppdrag som underrättsdomare att följa praxis från högsta instans.

intervjuperson, IP9, framför till exempel att hen har svårt att se en allmän rättsprincip användas i rättstillämpningen utan att den också skulle vara lagfäst:

> //[ML]: Allmänna rättsprinciper, är det någonting som används?
>
> [IP9]: Inte i det dagliga dömandet. Bara undantagsvis i sådana fall. Det går liksom inte att hänga upp ett avgörande på en allmän rättsprincip. Det är väldigt sällsynt i alla fall. Lite beroende på vad du menar med allmän rättsprincip i och för sig. Jag vet inte.
>
> [ML]: Vad lägger du i begreppet?
>
> [IP9]: Det är ju inte en rättsprincip. Det är ju egentligen en lagregel höll jag på att säga. Döma två gånger i samma fall, att man har principer kring res judicata och ne bis in idem och sådant. Men jag skulle inte kalla det en allmän rättsprincip. Utan det är snarare en lagregel. Vad var det du syfta [otydlig inspelning]?
>
> [ML]: Det är olika vad man lägger in som en rättsprincip, men om man tar ett exempel som proportionalitetsprincipen. Är det någonting som aktualiseras och som ni diskuterar?
>
> [IP9]: Ja den diskuteras varje gång man exempelvis har en häktningsförhandling. Men det är också en lagregel. Även om det är en allmän regel också. Men att man skulle använda den fristående på något sätt. Fast visst, när jag tänker på det så.
>
> En allmän princip som åtminstone jag tillämpar, och som inte är omedelbart lagfäst kanske eller det är den väl i stort sett också, det är humanitetsprincipen. När det handlar om att bestämma straff för brott eller påföljd för brott. Att man alltid ska använda den minst ingripande tillgängliga påföljden. Det är en princip, kan man väl kalla det. Men den är också ett utflöde av en lagregel liksom.
>
> Så att man skulle tillämpa någon rättsprincip som inte också är lagfäst har jag svårt att se. Att den skulle få omedelbar betydelse för en rättslig prövning. Men visst, hittar man inte svaret någon annanstans kan man falla tillbaka på det. Det kan möjligen ha betydelse i tvistemål tänker jag.//

Det IP9 uttrycker i citatet om att hen har svårt att se att en allmän rättsprincip som inte är stadgad i lag skulle kunna få en omedelbar betydelse i en rättslig prövning kan tolkas som att IP9 ser sin roll framför allt bestå av att tillämpa rätt som producerats av den nationella lagstiftaren. Att tillämpa allmänna rättsprinciper som inte framgår av lagstiftning är inte något som IP19 betraktar som en naturlig del i sin rättstillämpande roll. Har principen däremot kommit till uttryck genom lagstiftning verkar IP9 däremot inte uppleva något hinder inför att tillämpa principen eller den lagbestämmelse som principen kommer till uttryck genom i sin rättstillämpning.

För en underrättsdomare som är av uppfattningen att hens rättstillämpande roll främst går ut på att tillämpa rätt som producerats av lagstiftaren borde det

framstå som mindre motiverat att använda sig av rättskällor som enligt domaren inte härstammar direkt från lagstiftaren eller avser att utgöra tolkningar av lagstiftarens intentioner. Av samma anledning borde det däremot för samma underrättsdomare vara enklare att tillerkänna sådana rättskällor ett rättskällevärde om de har kodifierats genom lagstiftning.

Citatet kan även tolkas som att IP9 betraktar lagstiftaren som den huvudsakliga källan till rättens innehåll. Har en allmän rättsprincip kommit till uttryck genom lagstiftning är det något som IP9 betraktar som en del av rätten och använder sig av i sin rättstillämpning. Om det däremot rör sig om en allmän rättsprincip som inte har kommit till uttryck genom lagstiftning har IP9 svårt att se att principen som huvudregel skulle få en betydelse i rättstillämpningen. Det framstår således som att IP9 i huvudsak har en monistisk syn på rättens ursprung och betraktar lagstiftaren som den primära skaparen av rätten. Alternativt att lagstiftaren har en legitimerande funktion när det kommer till innehållet i den rätt som underrättsdomaren har att tillämpa inom ramen för sin rättstillämpning; allmänna rättsprinciper blir en del av rätten, eller i vart fall en del av den rätt som underrättsdomaren främst ska tillämpa, först om lagstiftaren har sagt att de ska vara det.

En liknande tendens tycker jag mig skönja i ett svar från IP15. IP15 ger visserligen uttryck för att allmänna rättsprinciper används eller har använts i rättstillämpningen och betraktas som en del av rätten, men framför samtidigt att en princip blir ”[…] satt på pränt på rätt sätt […]” när den blir kodifierad genom lagstiftning:[413]

> *//[På fråga om allmänna rättsprinciper är något som används i förvaltningsrätten svarar IP15:]*
>
> [IP15]: Ja, eller det har i alla fall gjorts mycket. Du beaktar dem och de används och ses som gällande. Sedan har en del då kodifierats på sistone. Jag tänker på det här med ändring av gynnande förvaltningsbeslut. Nu har det tagits in i 37 § förvaltningslagen. Så nu är det satt på pränt på rätt sätt så att säga.//

IP15:s sätt att uttrycka sig på om att en princip blir ”[…] satt på pränt på rätt sätt […]” när den blir kodifierad genom lagstiftning ger intrycket av att IP15 är av uppfattningen att principer som en del av rätten legitimeras genom lagstiftarens stiftande av lag. Det framstår således som att lagstiftaren enligt IP15 har en legitimerande funktion beträffande rättens innehåll, även om IP15 också ger

[413] Jfr Croon, 2023, s. 117–118 som med hänvisning till Heidbrink, 2020, s. 770–784 för ett motsvarande resonemang beträffande Högsta domstolens syn på sedvanerättens rättskällestatus utifrån *Girjasdomen* i NJA 2020 s. 3.

uttryck för att allmänna rättsprinciper som inte framgår av lag också används i rättstillämpningen.

4.5 Nationellrättsligt företräde

Det fjärde och sista undertemat som konstruerar Ämbetsmannen har skapats av ett antal dataenheter som ger uttryck för något som jag har valt att benämna *nationellrättsligt företräde*. Med nationellrättsligt företräde avses här (1) att underrättsdomaren prioriterar nationell rätt framför utomnationell rätt vid en eventuell konflikt och (2) att underrättsdomaren har en tendens att ge den nationella lagstiftaren ett tolkningsföreträde i bedömningen huruvida nationell rätt är förenlig med utomnationell rätt. Med utomnationell rätt avses här rättsliga normer som följer av internationella rättsliga åtaganden som Sverige åtagit sig att följa och upprätthålla, som exempelvis EU-rätt, Europakonventionen och Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter, och som således inte har sitt ursprung i den nationella lagstiftningsprocessen.

En av intervjupersonerna, IP19, har uttryckt en medvetenhet om att det kan föreligga konflikter mellan nationellt skapad rätt och utomnationell rätt, men uppger samtidigt att den nationellt skapade rätten tillämpas i avvaktan på att den ändras:

> //[ML]: Du har inte behövt fundera eller hamnat i en sådan situation att du har behövt fundera på förhållandet mellan nationell rätt och Europakonventionen till exempel?
>
> [IP19]: Nej. Det kan jag inte komma ihåg faktiskt. Litegrann kanske man alltid ska fundera på det när det gäller hur vi i Sverige hanterar frihetsberövanden till exempel. Så det finns ju alltid. Men vi gör ändå som vi gör i avvaktan på att vår lagstiftning ska förändras. Det finns, vad ska man säga, en konflikt där som alltid finns. Den är man medveten om, men det är inte så att jag går och letar efter vägledning i Europa eller utanför Sverige i de frågorna. Det är bara att man vet att vi har en lite tveksam hantering av det.//

Trots att IP19 uppger sig ha en viss medvetenhet om att det kan föreligga en konflikt mellan nationell rätt och Europakonventionen uppger IP19 att hen ändå tillämpar den nationella lagstiftningen i väntan på att den ändras. Härigenom lämnar IP19 företräde till den nationella rätten, även i situationer då denna eventuellt står i konflikt med utomnationell rätt som Sverige som stat åtagit sig att upprätthålla. Det framstår således som att IP19 har en föreställning om att hens roll framför allt går ut på att tillämpa den rätt som skapats av lagstiftaren genom den nationella lagstiftningsprocessen, även om den eventuellt skulle strida

mot utomnationell rätt. IP19 förefaller däremot inte att se det som sin roll att se till att den rätt som hen tillämpar är förenlig med utomnationell rätt.

Rollen att ta ställning till eller lösa eventuella konflikter mellan nationell rätt och utomnationell rätt tillskriver IP19 i stället den nationella lagstiftaren. Att tillskriva den nationella lagstiftaren denna roll innebär att IP19 ger lagstiftaren ett tolkningsföreträde i bedömningen av huruvida nationell rätt är förenlig med utomnationell rätt som Sverige som stat åtagit sig att följa. Det innebär även att lagstiftaren ges ett tolkningsföreträde i bedömningen av hur sådana eventuella konflikter bäst ska lösas och en exklusiv rätt att åtgärda eventuella konflikter genom lagstiftning. Detta kan i sin tur förstås som att IP19 ser lagstiftaren som den aktör som har högst auktoritet när det kommer till att definiera den rätt som underrättsdomaren i rollen som rättstillämpare primärt har att tillämpa, även om denna rätt skulle stå i konflikt med internationella rättsliga åtaganden för svensk del.

En liknande rollfördelning mellan underrättsdomaren och den nationella lagstiftaren samt tendens att lämna tolkningsföreträde till lagstiftaren har även uttrycks av andra intervjupersoner. IP12 har till exempel uttryckt en medvetenhet om att hen som underrättsdomare har vissa skyldigheter i förhållande till EU-rätten och Europakonventionen, men att det ska röra sig om ”ett väldigt flagrant misstag” från den nationella lagstiftarens sida för att hen ska bortse från svensk lag till följd av ett konventionsåtagande:[414]

> //[ML]: Just det. Ni skulle inte kunna välja att bortse från någon vägledning i en rättskälla mot bakgrund av en rättsprincip till exempel?
>
> [IP12]: Nej, inte för allmänna principer. Däremot om det skulle strida mot något konventionsåtagande eller något liknande, eller mot EU-rätten. Är det EU-rätten är vi skyldiga att bortse från svensk lagstiftning i sådana fall och vi ska också beakta konventionsåtaganden. Barnkonventionen är lag numera också, så den ska vi också beakta i målen såklart. Så det finns väl ett visst utrymme att göra det.
>
> Men ska vi bortse från en svensk lagbestämmelse på grund av ett konventionsåtagande då ska det vara ett väldigt flagrant misstag i sådana fall.//

Genom att ställa höga krav på att det måste röra sig om ett ”flagrant misstag” från den nationella lagstiftarens sida för att IP12 ska bortse från svensk lag, uttrycker IP12 i likhet med IP19 en hållning där hen prioriterar nationell lagstiftning och den nationella lagstiftarens beslut framför utomnationell rätt. IP12 ger härigenom även den nationella lagstiftaren ett visst tolkningsföreträde

[414] IP12 säger inte uttryckligen att det är ett flagrant misstag från den nationella lagstiftaren som hen avser, men eftersom hen talar om att bortse från en ”svensk lagbestämmelse” har jag tolkat det som att det är ett misstag från den nationella lagstiftaren som IP12 syftar på.

som innebär att det primärt blir lagstiftaren som avgör om det behövs en justering av den nationella rätten för att den ska vara förenlig med utomnationell rätt. För att IP12 ska ta på sig rollen att avgöra denna typ av fråga skulle det krävas att svensk lag påtagligt avviker från den utomnationella rätten. Detta kan likt tolkningen som gjorts av citatet från IP19 förstås som att IP12 anser att den nationella lagstiftaren är den aktör som har den huvudsakliga uppgiften att definiera den rätt som hen som underrättsdomare ska tillämpa, vilket även inkluderar frågor om hur utomnationell rätt ska beaktas och tillämpas. IP12 förefaller även lita på eller utgå från att den nationella lagstiftaren gör sitt yttersta för att följa och upprätthålla utomnationell rätt. Om det blir fel så rör det sig enligt IP12 om ett ”misstag” och inte ett avsiktligt avvikande.

Två andra intervjupersoner som resonerar på ett liknande sätt som IP12 är IP2 och IP6:

> //[ML]: Du har inte nämnt någonting om europarättsliga källor, om vi säger EU-rätt eller EKMR?
>
> [IP2]: Nej. Det är självklart att vi fattar att det är bindande numera. Men vi litar nog ganska mycket ändå till att lagstiftaren faktiskt sett till att implementera både EU-rätten, Europakonventionen och Barnkonventionen som är jättejättejätte nytt och som vi faktiskt fortfarande är lite osäkra inför. Om det inte finns någon särskild anledning att tro att vi måste modifiera den svenska rätten med hänsyn till det så gör vi inte det. Utan vi hoppas att lagstiftaren har gjort rätt.//
>
> //[ML]: Europarätt, internationella rättsregler och sådant, är det något som […]?
>
> [IP6]: Det är så himla himla sällan som det får en faktisk betydelse, utan det beaktas redan genom att Sverige skapar regler som håller sig inom de övergripande rättsprinciperna. Det är så väldigt väldigt ovanligt att man har bestämmelser som inte följer det. Har man det så är det kanske en långsamhet i att anpassa sig till någonting nytt.
>
> Det händer hela tiden att det visar sig att det kan finnas regler som strider mot mänskliga rättigheter eller någonting annat och då brukar Sveriges svar vara att vi ändrar reglerna så att de passar. Då kan det finnas en övergångsperiod när reglerna ännu inte har förändrats eller att de har vaknat till om det. Då får man följa den övergripande rättsprincipen, mänskliga rättigheter eller så.
>
> Men det är inte lätt att tolka ut hur snittet för mänskliga rättigheter egentligen ser ut. Det kan man ha olika uppfattningar om, så det är inte lätt. Det är det som är problemet med att tillämpa så här fina principer. Vad är egentligen rättvisa? Vad är egentligen en mänsklig rättighet? Där tycker jag att man kanske ändå får vara lite ödmjuk kring det och att det ska till något väldigt speciellt för att jag ska tycka att det kanske faktiskt är en sådan situation. Annars, som utgångspunkt, får man alltid lita på lagstiftaren, Högsta domstolen eller så.//

Av citaten från IP2 och IP6 framgår bland annat att de båda som utgångspunkt litar på att den nationella lagstiftaren har sett till att följa och upprätthålla utomnationell rätt i skapandet av nationell lagstiftning. Båda tycks även vara av uppfattningen att det ska till något särskilt eller ”väldigt speciellt” för att deras tillämpning av nationell lagstiftning ska påverkas av utomnationell rätt. IP6 påtalar också att det i dessa situationer rör sig om svåra tolknings- och tillämpningsfrågor och att hen därför tycker att man behöver vara lite ödmjuk inför det. Det framstår vidare som att IP6 är av uppfattningen att den nationella lagstiftaren, eller Högsta domstolen, utgör bättre aktörer än hen själv i egenskap av underrättsdomare att avgöra sådana tolknings- och tillämpningsfrågor som kan uppstå vid en eventuell konflikt mellan nationell rätt och utomnationell rätt.

Utifrån samma resonemang som förts i förhållande till citatet från IP12 tycks även IP6 och IP2 således prioritera den nationella rätten och lämna ett visst tolkningsföreträde till den nationella lagstiftaren vid eventuella konflikter med utomnationell rätt. Följaktligen ges den nationella lagstiftaren rollen som den som primärt definierar den rätt som underrättsdomaren ska tillämpa, även i situationer då det uppstår frågor huruvida den nationella rätten är förenlig med utomnationell rätt.

Sammanfattningsvis innebär det nationellrättsliga företrädet som kommit till uttryck i de dataenheter som konstruerar detta undertema att underrättsdomaren kan tilldela lagstiftaren rollen att ta ställning och ha det sista ordet i frågor om huruvida det föreligger en konflikt mellan nationell rätt och utomnationell rätt samt hur sådana konflikter bäst ska lösas. Genom att underrättsdomaren skjuter ansvaret att ta ställning i dessa frågor till lagstiftaren framstår underrättsdomarens rättstillämpande roll som begränsad till att framför allt handla om att tillämpa den rätt som skapats av lagstiftaren genom den nationella lagstiftningsprocessen, även om den eventuellt skulle stå i konflikt med utomnationell rätt som Sverige som stat åtagit sig att följa och upprätthålla. Återigen framställs det centrala i underrättsdomarens rättstillämpande roll vara att lojalt och tillitsfullt tillämpa samt realisera den nationella lagstiftarens vilja och tolkning av rätten framför något annat.

4.6 Analys och diskussion

I detta avsnitt analyseras den rollföreställning som Ämbetsmannen illustrerar i relation till vissa institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar samt till tidigare diskussioner om den svenska domarrollen. Syftet är varken att redogöra för gällande rätt, normativt utvärdera, eller att fastställa orsaker till den rollföreställning som illustreras genom Ämbetsmannen. Avsikten är i stället att

belysa institutionella och konstitutionellrättsliga sammanhang samt diskussioner om den svenska domarrollen, inom vilka Ämbetsmannen och dess underteman kan begripliggöras och ges mening.

Eftersom vissa av dessa institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar samt diskussioner inte har behandlats tidigare i avhandlingen, innehåller avsnittet även mer redogörande inslag. Dessa redogörelser utgör dock inte ett självändamål, utan ligger till grund för den efterföljande analysen av rollföreställningen.

4.6.1 Institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar

Den rollföreställning som Ämbetsmannen illustrerar kan förstås i relation till vissa institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar som traditionellt har präglat, och till viss del fortfarande präglar, de svenska domstolarna och domarnas ställning i det konstitutionella systemet och deras förhållande till den nationella lagstiftaren.

Införandet av 1974 års regeringsform innebar en stark och explicit betoning på folksuveränitet som en grundläggande princip för det svenska statsskicket, vilket framför allt illustreras genom 1 kap. 1 § 1 st. regeringsformen där det framgår att ”all offentlig makt i Sverige utgår från folket”. Denna betoning på folksuveränitetsprincipen kom bland annat att påverka den konstitutionella ställning som domstolarna och domarna tilldelades genom regeringsformen, eftersom principen utgjorde utgångspunkten för fördelningen av funktionerna mellan de offentliga organen.[415]

I propositionen till 1974 års regeringsform uttalade departementschefen att det skulle ankomma på riksdagen i rollen som det centrala statsorganet att fatta de grundläggande besluten genom lagstiftning, medan det skulle ligga på regering, domstolar och förvaltningsmyndigheter att tillämpa och verkställa dessa beslut.[416] Domstolarna kom således i förarbetena till 1974 års regeringsform att mer eller mindre framställas som ”folkviljans tjänare” eller ett verkställighetsorgan jämte andra förvaltningsmyndigheter.[417] Att till exempel tillerkänna domstolarna funktionen att verka som ett kontrollorgan i förhållande till övriga statsmakter låg inte i grundlagsförfattarnas intresse, trots att frågan

[415] Se prop. 1973:90, s. 156.

[416] Prop. 1973:90, s. 156.

[417] Strömholm, 1982, s. 11. Jfr även Ställvik, 2009, s. 240–242; Taube, 2009, s. 343; Petrén, 1975, s. 7–8.

lyftes under remissförfarandet av grundlagsberedningens förslag till ny regeringsform.[418]

Tendensen att likställa domstolarnas verksamhet med förvaltningsmyndigheternas accentuerades även genom grundlagsstiftarnas svårighet att särskilja rättskipning från förvaltning. Inför införandet av 1974 års regeringsform hade Grundlagsberedningen föreslagit en lagstadgad distinktion mellan rättskipning och förvaltning i enlighet med en traditionell distinktion som brukade göras mellan de två verksamheterna. Härmed skulle rättskipning avse domstolarnas avgörande av rättstvister, tillämpning av strafflag och prövning av övriga rättsfrågor, medan förvaltning skulle avse förvaltningsmyndigheternas verkställande av de beslutande organens föreskrifter.[419]

I den efterföljande propositionen framförde departementschefen att Grundlagsberedningens förslag till distinktion hade fått kritik av ett antal remissinstanser, eftersom den inte ansågs överensstämma med verkligheten. Departementschefen själv höll visserligen med om att domstolarna i sin verksamhet avgjorde rättstvister och prövade rättsfrågor, men tillade att även förvaltningsmyndigheterna gjorde detta. Härtill framhölls att det inte endast var förvaltningsmyndigheternas verksamhet som innefattade verkställande av föreskrifter som beslutats av riksdag och regering, utan att även domstolarnas rättstillämpande verksamhet gjorde det. [420]

Mot bakgrund av svårigheten att särskilja den rättskipande och förvaltande verksamheten från varandra ansåg departementschefen att det inte var meningsfullt att i regeringsformens inledande kapitel försöka ge en närmare beskrivning av förhållandet mellan domstolarna och förvaltningsmyndigheterna. Det infördes därför inte någon beskrivning av vad som särskiljer domstolarnas rättskipande verksamhet från förvaltningsmyndigheternas förvaltande verksamhet i regeringsformen.[421] Någon sådan beskrivning har inte heller införts senare.[422]

Länge ansågs den svåra gränsdragningen mellan rättskipning och förvaltning även motivera att reglerna om rättskipning och förvaltning samlades i ett

[418] Regeringsrättens ledamöter var under remissbehandlingen kritisk till att Grundlagsberedningens förslag till ny regeringsform inte medgav att domstolarna tillerkändes någon funktion som statsrättsligt kontrollorgan, se prop. 1973:90, Bilaga 3, s. 236–238. Se vidare Sunnqvist, 2014, s. 724–728.

[419] SOU 1972:15, s. 191.

[420] Prop. 1973:90, s. 233.

[421] Prop. 1973:90, s. 233.

[422] Se 1 kap. 8 § RF.

gemensamt kapitel i regeringsformen.[423] Denna ordning kvarstod fram till 2010 års ändring av regeringsformen, då regleringen avseende rättskipningen och förvaltningen fick separata kapitel.[424] Den nya kapitelindelningen motiverades i propositionen med att skillnaden mellan rättskipning och förvaltning ansågs ha ökat under de senare decennierna. Denna skillnad grundade sig på ett antal reformer som hade gjort det tydligare att domstolarna och förvaltningsmyndigheterna hanterar olika typer av ärenden och har olika förutsättningar för handläggningen.[425]

Härutöver nämndes att europarättens inflytande på den svensk rättsordningen, genom Sveriges medlemskap i EU och Europakonventionens genomslag i domstolarnas praxis, hade inneburit en förändrad roll för domstolarna. Dessa förändringar tillsammans med den centrala funktion som domstolarna fyller i en demokratisk rättsstat, bland annat som garanter för enskildas grundläggande rättigheter, innebar enligt regeringen att det fanns skäl att föra över bestämmelserna som reglerade rättskipningen till ett eget kapitel i regeringsformen. På så vis skulle domstolarnas särskilda ställning i det konstitutionella systemet och vikten av en oberoende samt opartisk domstolsorganisation markeras.[426]

Även om de huvudsakliga bestämmelserna i regeringsformen som reglerar domstolarna och förvaltningsmyndigheterna således numera återfinns i separata kapitel finns det i regeringsformen fortfarande kvar vissa spår av den svenska konstitutionella traditionen att sammanblanda domstolarnas och förvaltningsmyndigheternas verksamheter.[427] I nuvarande 1 kap. 8 § regeringsformen där det framgår att det ”för rättskipningen finns domstolar och för den offentliga förvaltningen statliga och kommunala förvaltningsmyndigheter” görs visserligen en distinktion mellan den offentliga makt som tilldelats domstolarna i form av rättsskipning och den som förvaltningsmyndigheterna har tilldelats i form av förvaltning. Hur rättskipning skiljer sig från förvaltning beskrivs dock fortfarande inte, varken i regeringsformen, dess förarbeten eller någon annan författning.

Det förhållandet att introduktionen av domstolarnas och förvaltningsmyndigheternas huvudsakliga verksamheter har samordnats i samma paragraf i regeringsformens inledande kapitel ger fortsatt intrycket av att rättskipningen och förvaltningen utgör två jämbördiga former av offentlig

[423] Se prop. 1973:90, s. 376; SOU 1972:15, s. 191.

[424] SFS 2010:1408.

[425] Prop. 2009/10:80, s. 119–120.

[426] Prop. 2009/10:80, s. 119–120.

[427] Jfr Taube, 2009, s. 343.

maktutövning.[428] Regeringen har dock i enlighet med 2020 års grundlagskommitté föreslagit att 1 kap. 8 § regeringsformen ska ändras, så att det där framgår att rättskipningen utövas av oberoende domstolar. Den föreslagna ändringen syftar bland annat till att förstärka och tydliggöra domstolarnas och domarnas konstitutionella ställning.[429]

Med detta som bakgrund kan Ämbetsmannens föreställning om underrättsdomarens rättstillämpande roll förstås i ljuset av den svenska konstitutionella ordning som etablerades med 1974 års regeringsform. Bland annat framstår Ämbetsmannens första undertema, *rättstillämpning som lagtillämpning*, och det tredje undertemat, *principskepticism*, som begripligt mot bakgrund av denna ordning. Den starka betoningen på folksuveränitet framhåller den nationella lagstiftaren, och framför allt riksdagen, som den centrala aktören med det grundläggande beslutsmandatet, medan domstolarna primärt tilldelas uppgiften att tillämpa och verkställa dessa beslut. Denna maktfördelning kan förstås som förenlig med en uppfattning där den rättstillämpande rollen framför allt går ut på att tillämpa rätt som producerats av den nationella lagstiftaren, och särskilt riksdagen.

Även Ämbetsmannens andra undertema, *lagtolkning genom lagstiftarens intentioner*, kan ses som förenligt med en konstitutionellrättslig tradition där domstolarna historiskt har befunnit sig nära förvaltningens uppgifter och i första hand har betraktats som verkställare av folkets vilja. I litteraturen har svenska domares följsamhet till förarbeten bland annat motiverats med hänvisning till grundläggande demokratiska principer, vilket har benämnts som demokratiargumentet.[430]

Demokratiargumentet bygger på antagandet att förarbeten ger ett auktoritativt uttryck för lagstiftarens uppfattning, vilket inom ramen för en subjektiv tolkningsmetod möjliggör att domaren kan använda sig av förarbetena för att utröna lagstiftarens intentioner med lagstiftningen och tolka lagstiftningen utifrån dessa. Det har i litteraturen även uttryckts att en strikt tolkning av demokratiargumentet och en lojalitet ”mot den demokratiskt förankrade lagstiftarmakten” skulle kräva att en domare uppfattar uttalanden i förarbetena som vägledande vid en lagtolkningssituation.[431] En upplevd frihet att avvika från förarbetsuttalandena skulle nämligen vara svår att förena med demokratiargumentets kärna; att förarbetena ger ett auktoritativt uttryck för

[428] Jfr Petrén, 1975, s. 5.

[429] Prop. 2024/25:165, s. 47–48; SOU 2023:12, s. 287 f.

[430] Se Bratt och Tiberg, 1989, s. 409–410.

[431] Se Bratt och Tiberg, 1989, s. 409–410.

lagstiftarens uppfattning. På samma sätt som domaren principiellt inte kan avvika från tvingande lagstiftning, bör domaren i enlighet med demokratiargumentet således inte avvika från tydliga uttalanden i förarbetena om de inte står i motsats till en rättskälla av högre dignitet.[432] I ljuset av demokratiargumentet kan Ämbetsmannens betoning av förarbetenas betydelse ses som en strävan att, genom lojalitet mot den demokratiskt legitimerade lagstiftaren, tillmötesgå folksuveränitetsprincipen och säkerställa att rättstillämpningen förblir demokratiskt legitimerad.

Demokratiargumentet har kritiserats i litteraturen för att strida mot de konstitutionellrättsliga förutsättningarna i regeringsformen.[433] Av 1 kap. 4 § regeringsformen följer att det är riksdagen som stiftar lag och således besitter den lagstiftande makten. I enlighet med de konstitutionellrättsliga förutsättningarna bör det därför framför allt vara riksdagen som är att betrakta som lagstiftaren och den vars vilja och intention som domaren bör försöka utröna vid en subjektiv tolkning av lag. De förarbeten som företrädesvis är att betrakta som de generellt viktigaste vid lagtolkning och rättstillämpning, propositioner, är dock inte författade av riksdagen, utan snarare av tjänstemän som skriver under en viss departementschef och i förlängningen regeringen.[434]

Det har i litteraturen dock framförts att demokratiargumentet kan förstås utifrån ett mer korporativistiskt synsätt på lagstiftaren. Enligt ett sådant synsätt omfattar lagstiftarbegreppet inte enbart riksdagen som formellt antar lagen, utan även de aktörer och organ som deltar i lagstiftningsprocessen, såsom departement, utskott, kommittéer och utredningar.[435] I ett sådant perspektiv kan förarbetena ses som en integrerad del av den demokratiskt förankrade lagstiftningsprocessen, vilket gör det möjligt att tolka Ämbetsmannens tilltro till förarbeten som förenlig med demokratiargumentets grundantaganden.

Uppfattningen om att den nationella lagstiftaren är bättre lämpad än underrättsdomaren att säga hur lag ska tolkas, som också uttryckts i det andra undertemat, kan relateras till en idé som länge haft fäste i den svenska

[432] Bratt och Tiberg, 1989, s. 409.

[433] Bratt och Tiberg, 1989, s. 413. Se även Carlsson, 2023, s. 127; Strömholm, Lyles och Valguarnera, 2020, s. 384–385; Peczenik, 1995, s. 244.

[434] Se t.ex. Carlsson, 2023, s. 127; Strömholm, Lyles och Valguarnera, 2020, s. 358; Bratt och Tiberg, 1989, s. 412.

[435] Se Eckhoff, 1980 s. 66 f., som bland annat har argumenterat för detta synsätt och som har ansetts ge uttryck för en grundläggande del i den ideologi som ligger bakom förarbetenas status som rättskälla i Norden. Det har dock framförts kritik mot detta synsätt, se Strömholm, Lyles och Valguarnera, 2020, s. 358; Bratt och Tiberg, 1989, s. 415 f.

konstitutionella rätten; nämligen att betrakta lagstiftaren som den främsta uttolkaren av grundlag.

Denna idé tar sig bland annat uttryck genom 11 kap. 14 § 2 st. regeringsformen där det stadgas att domstolarna vid normprövning särskilt ska beakta att riksdagen är folkets främsta företrädare; ett stadgande som utgör en påminnelse om att riksdagen ska betraktas som den främsta uttolkaren av grundlag.[436] Idén kan dock även spåras längre tillbaka i tiden.

Domstolarnas normprövningsrätt grundlagsfästes i Sverige först år 1980 och innehöll då ett krav på att det skulle föreligga ett uppenbart fel för att en föreskrift beslutad av riksdag eller regering inte skulle tillämpas.[437] Det så kallade uppenbarhetsrekvisitet fanns kvar i 11 kap. 14 § regeringsformen fram till år 2010, då det togs bort och ersattes med bestämmelsens nuvarande andra stycke.[438]

Beträffande kravet på uppenbarhet uttryckte regeringen inför normprövningens grundlagsfästelse att ett sådant var ”klart befogat” och att det i första hand är riksdag och regering som ska avgöra huruvida de föreskrifter som de beslutar om är förenliga med överordnade föreskrifter. Samma ordning bedömdes däremot inte vara nödvändig avseende föreskrifter som beslutats av myndigheter eller kommuner.[439]

Uppenbarhetsrekvisitets relevans och nödvändighet var även något som Konstitutionsutskottet framhävde i sitt betänkande inför normprövningsrättens grundlagsfästelse. I betänkandet uttryckte utskottet att ”riksdagens tillämpning av visst grundlagsstadgande måste respekteras så länge det håller sig inom ramen för en möjlig tolkning av bestämmelsen i fråga”.[440] Härutöver uttrycktes att riksdagen, som är den aktör som har behörighet att stifta grundlag, är den aktör som är bäst anpassad att pröva lagars förenlighet med grundlag.[441] Detta

[436] Prop. 2009/10:80, s. 148.

[437] SFS 1979:933. När normprövningsrätten till slut grundlagsfästes i RF skedde det i enlighet med hur den dittills kommit att utvecklas i rättspraxis. Några ändringar i normprövningsrättens innehåll var inte avsedda, prop. 1978/79:195, s. 40–42. Detta innebar att det uppenbarhetsrekvisit som hade utvecklats genom domstolarnas rättspraxis också fick komma till uttryck i den lydelse av normprövningsrätten som infördes i RF, se avsnitt 2.4.1 fn. 256. Uppenbarhetsrekvisitet kom efter normprövningens grundlagsfästelse att ge upphov till debatt i den juridiska litteraturen och ytterligare offentliga utredningar, se t.ex. Smith, 2004 s. 689–690; Crafoord, 2007, s. 862 f.; Sunnqvist, 2008, s. 645–656; SOU 2000:1, s. 250–251; SOU 2008:125, s. 357–382.

[438] SFS 2010:1408.

[439] Se prop. 1978/79:195, s. 41–42.

[440] KU:s bet. 1978/79:KU39, s. 13.

[441] KU:s bet. 1978/79:KU39, s. 13. Se Sunnqvist, 2014, s. 745–747 för vidare diskussion om KU:s uttalanden.

uttalande implicerar att lagstiftaren är att betrakta som den bästa uttolkaren av grundlagen och således borde ges ett tolkningsföreträde avseende dess innehåll.[442]

Fastän idén om att lagstiftaren är att betrakta som den främsta uttolkaren av grundlag bör ha störst relevans inom ramen för normprövning, kan den rimligen även appliceras på tolkning av lag i allmänhet. Liksom den förra idén bör bygga på premissen att den som stiftar grundlagen också är bäst lämpad att tolka grundlagen och därmed avgöra lagars grundlagsenlighet, bör den senare uppfattningen följa av premissen att den som stiftat en lag också är främst lämpad att tolka lagen.[443] Uppfattningen att lagstiftaren skulle vara den bästa uttolkaren av lag framstår utifrån min tolkning i vart fall som mer begriplig när den sätts i relation till denna idé.

Även Ämbetsmannens fjärde undertema, *Nationellrättsligt företräde,* framstår som begripligt mot bakgrund av idén om lagstiftaren som den främsta uttolkaren av grundlag och det tidigare kravet på uppenbarhet vid domstolarnas normprövning. Ämbetsmannens motstånd att ge utomnationell rätt företräde framför nationell rätt och att det förefaller krävas något ”väldigt flagrant”, ”särskilt” eller ”väldigt speciellt” för att Ämbetsmannens tillämpning av nationell lag ska påverkas av internationella åtaganden ger associationer till det tidigare uppenbarhetsrekvisitet.

Det förefaller dock svårare att relatera undertemat till mer nutida konstitutionellrättsliga förutsättningar, eftersom underrättsdomaren enligt den konstitutionella rätten idag ska lämna företräde för såväl EU-rätten som Europakonventionen om det föreligger en konflikt med nationell rätt.[444] Att uppenbarhetsrekvisitet i 11 kap. 14 § regeringsformen togs bort år 2010 motiverades dessutom med europeiseringen av det svenska rättssystemet och dess inverkan på normhierarkin. Det bedömdes som svårt att förena uppenbarhetsrekvisitet med EU-rättens och Europakonventionens krav på företräde framför motstridande nationell rätt. Dessutom ansågs det inkonsekvent att det skulle råda ett uppenbarhetsrekvisit vid prövning av svensk lagstiftning som inte berörs av EU-rätten, samtidigt som det inte fanns ett motsvarande rekvisit vid prövning av föreskrifter som berörs av EU-rätten.[445]

Efter uppenbarhetsrekvisitets avskaffande kom dock Högsta domstolen att utveckla en doktrin om klart stöd vid normprövning mellan nationell rätt och

[442] Jfr Åhman, 2023, s. 23.

[443] Jfr KU:s bet. 1978/79:KU39, s. 13; Sunnqvist, 2014, s. 746.

[444] Se avsnitt 2.3.1.

[445] Prop. 2009/10:80, s. 146–148.

Europakonventionen, som uppvisar vissa likheter med uppenbarhetsrekvisitet.[446] Doktrinen går ut på att det för ett åsidosättande av svensk rätt på grund av en konflikt med Europakonventionen krävs att det finns ett klart stöd i konventionen eller i Europadomstolens praxis för att konflikten ska motivera ett åsidosättande.[447]

Högsta domstolen har i ett plenumavgörande från år 2013 nyanserat doktrinen och uttryckt att det inte föreligger något krav på klart stöd när Europakonventionen tillämpas som svensk lag.[448] Det framhölls även att om lagstiftaren i ett lagstiftningsärende har bedömt att den aktuella lagen inte strider mot Europakonventionen måste utgångspunkten vara att en domstol inte kan åsidosätta lagen med hänvisning till konventionen i egenskap av svensk lag.[449] I sådana situationer måste prövningen om svensk lag är förenlig med Europakonventionen i stället ske utifrån förutsättningen att konventionen också utgör ett folkrättsligt bindande traktat. Det poängterades dock att dessa situationer kräver en återhållsamhet från domstolens sida, vilket doktrinen om klart stöd får ses som ett uttryck för.[450] I litteraturen har det framförts att Högsta domstolens resonemang i avgörandet kan betraktas som en ”anpassningsbar klart stöd-doktrin” eller som en bedömningsmarginal given den nationella lagstiftaren.[451]

Tendensen att ge lagstiftaren ett tolkningsföreträde i bedömningen av huruvida nationell rätt är förenlig med utomnationell rätt som kommit till uttryck i Ämbetsmannens fjärde undertema harmonierar förhållandevis väl med doktrinen om klart stöd, i den meningen att båda ger uttryck för en återhållsamhet i situationer då nationell rätt ställs mot utomnationell rätt. Både tendensen och doktrinen kan dessutom förstås som ett sätt att bevara den nationella lagstiftarens position som den aktör som primärt skapar och definierar den rätt som den svenska domaren har att tillämpa.

Sammantaget visar analysen att den rollföreställning som Ämbetsmannen illustrerar kan förstås mot bakgrund av vissa institutionella och

[446] Jfr dock Lebeck, 2014, s. 166, som argumenterar för att doktrinen om klart stöd inte ska jämställas med det tidigare uppenbarhetsrekvisitet. Jag instämmer i denna ståndpunkt, men menar att det ändå finns vissa likheter företeelserna emellan. Både doktrinen om klart stöd och det tidigare uppenbarhetsrekvisitet bör ha medfört ett visst tolkningsföreträde för den nationella lagstiftaren vid normkonflikter.

[447] NJA 2000 s. 622; NJA 2004 s. 840; NJA 2010 s. 168.

[448] NJA 2013 s. 502, p. 52.

[449] NJA 2013 s. 502, p. 53.

[450] NJA 2013 s. 502, p. 54.

[451] Derlén, Lindholm och Naarttijärvi, 2025, s. 633. Se även Lebeck, 2014, s. 165–165.

konstitutionellrättsliga förutsättningar där lagstiftaren tilldelats den centrala ställningen som beslutsfattare, normgivare och till viss del även uttolkare av rätten, medan domarna främst har tilldelats uppgiften att tillämpa och verkställa de normer som lagstiftaren producerar. Det är däremot svårare att förstå Ämbetsmannens föreställning mot bakgrund av vissa andra delar av den konstitutionella rätten, vilka tillskriver de svenska domstolarna en betydande roll som genomdrivare av såväl EU-rätten som Europakonventionen. Ämbetsmannen kan således inte förstås som ett uttryck för gällande konstitutionell rätt i alla avseenden, men utgör en rollföreställning som kan ges mening i relation till vissa maktfördelningsideal som, trots att den konstitutionella rätten i vissa delar har ändrats, fortfarande gör sig gällande genom regeringsformens betoning på folksuveränitet och lagstiftarens demokratiska legitimitet.

Härmed kan Ämbetsmannen även förstås som ett uttryck för en viss tröghet i underrättsdomares rollförståelse, i bemärkelsen att tidigare etablerade föreställningar kan leva kvar parallellt med nyare konstitutionella förutsättningar. Trögheten innebär att underrättsdomare inte nödvändigtvis medvetet bortser från vissa förändrade konstitutionellrättsliga förutsättningar, utan kan innebära att rollföreställningar omformas långsammare än utvecklingen av det konstitutionella systemet. Även om underrättsdomarens konstitutionella funktioner har utvecklats, kan äldre maktfördelningsideal fortfarande påverka hur den rättstillämpande rollen kan förstås.

4.6.2 Tidigare diskussioner om domarrollen

Sammantaget ger Ämbetsmannens föreställning om underrättsdomarens rättstillämpande roll och de underteman som tillsammans konstruerar Ämbetsmannen associationer till hur den svenska domarrollen traditionellt har beskrivits i juridisk litteratur och i andra rättsliga forum. Som berörts i avsnitt 2.4.1 har den traditionella domarrollen ansetts kännetecknas av en lojalitet gentemot den nationella lagstiftaren, lagpositivism, hög användning av förarbeten vid lagtolkning, låg användning av allmänna rättsprinciper samt en motvilja att fatta beslut i strid med lagtext och förarbeten. Dessa kännetecken återfinns även hos Ämbetsmannen och de underteman som konstruerar densamma, vilket möjliggör en tolkning av Ämbetsmannen som förenlig med tidigare etablerade föreställningar om den traditionella domarrollen.

I första undertemat *rättstillämpning som lagtillämpning* ger dataenheterna uttryck för uppfattningen att underrättsdomarens rättstillämpande roll i första hand består av att tillämpa lag. Lagtillämpningen framställs i vissa dataenheter som en

nästintill mekanisk eller automatiserad verksamhet, där underrättsdomarens åsikter och värderingar varken har eller bör ha någon betydelse i tillämpningen. Detta sätt att beskriva rättstillämpning kan förstås som nära besläktat med den lojalitet gentemot den nationella lagstiftaren och det lagpositivistiska ideal som i tidigare diskussioner har kopplats till den traditionella domarrollen i Sverige.[452]

Den lagpositivistiska hållning som tidigare har tillskrivits den traditionella domarrollen kan även sättas i relation till den begränsade betydelse som allmänna rättsprinciper traditionellt har uppfattats ha i svensk rättstillämpning, särskilt i jämförelse med deras roll inom EU-rätten. Mot denna bakgrund framstår den *principskepticism* som kommer till uttryck i Ämbetsmannens tredje undertema som begriplig.

I litteraturen har det beskrivits att synen på allmänna rättsprinciper så som en källa för gällande rätt utgör ett område där det råder en stor olikhet mellan EU-rätten och svensk rätt som den traditionellt har tillämpats. Medan allmänna rättsprinciper är en viktig rättskälla som ofta åberopas inom EU-rätten har de allmänna rättsprinciperna ansetts ha en mindre betydelse i svensk rätt, där det traditionellt har funnits en dragning till att söka svaret på rättsliga frågor i lagstiftning.[453]

Den lagpositivism som ansetts karaktärisera svensk rättstillämpning har ansetts medföra en ovilja att tillämpa allmänna rättsprinciper som inte också framgått av lagstiftning.[454] Exempelvis har analogisk lagtillämpning beskrivits utgöra ett kännetecknande drag inom civilrätten vid avsaknad av uttrycklig lagreglering, vilket innebär att lagstiftning rörande ett närliggande område tillämpas på det område där lagstiftning saknas. Om det däremot saknas sekundärrättslig lagstiftning inom ett visst område inom EU-rätten söks den rättsliga lösningen främst inom primärrätten och allmänna rättsprinciper.[455] Utifrån detta sammanhang kan Ämbetsmannens återhållsamma inställning till principer förstås som förenlig med ett ideal där lagstiftning har premierats framför principer och som tidigare tillskrivits den traditionella domarrollen i Sverige.

Även resonemangen i citaten som ligger till grund för det andra undertemat, *lagtolkning genom lagstiftarens intentioner*, kan förstås i relation till den domarroll som svenska domare traditionellt har tillskrivits. Resonemangen påminner om hur svenska domares användning av och följsamhet till lagstiftarens intentioner och förarbeten har beskrivits i litteraturen. Som tidigare framhållits har svenska

[453] Bernitz, 2002, s. 38. Se även Bernitz, 2012, s. 26.

[454] Se Bernitz och Kjellgren, 2022, s. 221; Reichel och Åhman, 2020, s. 52; Bernitz, 2002, s. 38.

[455] Bernitz och Kjellgren, 2022, s. 221.

domare beskrivits som frekventa användare av förarbeten, vilket har satts i samband med en uppfattning om att domarens huvudsakliga uppgift är att verkställa lagstiftarens intentioner.[456]

Vad avser det fjärde undertemat, *nationellrättsligt företräde*, kan det bland annat sättas i relation till en diskussion om att den svenska domarrollen ska ha blivit nationellt orienterad som en konsekvens av den politiska inriktningen i Sverige under stora delar av 1900-talet. I litteraturen har det beskrivits att den svenska välfärdsstaten från politiskt håll betraktades som en modell för andra länder att inspireras av, samtidigt som behovet av internationella förebilder för svensk del betraktades som ringa. [457] Perioden från andra världskrigets slut fram till början av 1960-talet har beskrivits som en svensk glansperiod, men ”kanske också det mest isolerat nationella skedet i den svenska 1900-talshistorien.”[458]

Det svenska välfärdsprojektets framgångar har också ansetts skapa en stark tilltro till nationalstaten.[459] Dessutom har den svenska neutralitetspolitiken påstått bidra till en förstärkt tro på nationella lösningar.[460] Att Sverige inte hade blivit mer indraget i andra världskriget tillskrevs från politiskt håll den strikta neutraliteten. För svensk del blev lärdomen från kriget att det var klokt att avstå från nära samarbeten med andra stater och vidhålla en nationell suveränitet.[461]

Denna nationellt inriktade politiska kultur har i sin tur ansetts prägla domarkulturen i Sverige. Från att tidigare i flera delar ha varit inspirerad av en kontinentaleuropeisk rättskultur har det framförts att domarrollen i Sverige blev alltmer nationellt fokuserad mot bakgrund av den politiska kulturen under perioden.[462] Ämbetsmannens tendens att ge den nationella lagstiftaren ett tolkningsföreträde vid bedömningen av förhållandet mellan nationell rätt och utomnationell rätt kan härmed begripliggöras mot bakgrund av en etablerad uppfattning om en svensk domarroll präglad av en tidigare nationellt fokuserad politisk kultur.

[456] Se avsnitt 2.4.1. Se även Bell, 2006, s. 266–267; SOU 1999:58, s. 11–12; Frändberg, 1973, s. 159. Jfr även Ställvik, 2009, s. 246–247; Sandström, 2004, s. 309; Peczenik och Bergholz, 1991, s. 324; Bratt och Tiberg, 1989, s. 407.

[457] Modéer, 2009, s. 304–305. Se också SOU, 1994:99, Del B, bilaga 20, s. 173. Jfr även af Malmborg, 1994, s. 388–389.

[458] af Malmborg, 1994, s. 388.

[459] Se af Malmborg, 1994, s. 388–389. När det kom till samarbeten inom Norden har den svenska inställningen emellertid beskrivits som mer positiv, se af Malmborg, 1994, s. 389 f.

[460] Se af Malmborg, 1994, s. 388–389.

[461] af Malmborg, 1994, s. 30.

[462] Se Modéer, 2009, s. 304–305 tillsammans med SOU, 1994:99, Del B, bilaga 20, s. 173.

Härtill harmonierar Ämbetsmannens fjärde undertema väl med uppfattningen att de svenska domarna under lång tid ska varit främmande inför att tillämpa EU-rätten och uppvisat en tendens att undvika EU-rätten för att i stället lämna företräde för nationellt skapad rätt.[463] Däremot är det svårare att förstå undertemat i förhållande till diskussionen om en förändrad domarroll, där det framförts att de svenska domarna idag förefaller ha tillägnat sig EU-rätten och dess metod.[464]

4.6.3 Sammanfattande syntes

Denna analys och diskussion belyser att Ämbetsmannens samtliga underteman kan relateras till vissa institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar samt maktfördelningsideal som 1974 års regeringsform uttrycker. Samtidigt visar analysen att Ämbetsmannen inte fullt ut speglar dagens konstitutionella rätt, där domstolarna tillerkänts en mer aktiv roll som tillämpare av både EU-rätt och Europakonventionen. Ämbetsmannen framstår därför som en historiskt betingad rollföreställning, som fortfarande bär spår av en svensk konstitutionellrättslig tradition präglad av folksuveränitet och lojalitet mot den nationella lagstiftaren.[465]

När Ämbetsmannen relateras till tidigare diskussioner om den svenska domarrollen framträder tydliga beröringspunkter med den traditionella domarroll som tillskrivits svenska domare. Tidigare uppfattningar om lojalitet mot lagstiftaren, hög användning av förarbeten, begränsad betydelse för allmänna rättsprinciper och en tendens att prioritera nationell rätt framför utomnationell rätt stämmer väl överens med Ämbetsmannens alla underteman. Däremot är Ämbetsmannen svårare att begripliggöra mot bakgrund av den diskussion som förts om en svensk domarroll i förändring.

Sammanfattningsvis kan Ämbetsmannen förstås som en historiskt förankrad rollföreställning, som uttrycker ett ideal om domarrollen präglad av lojalitet mot lagstiftaren och nationell rätt, snarare än en rollföreställning som återspeglar de förändrade institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningarna för den rättstillämpande rollen. Härmed kan Ämbetsmannen även förstås som ett uttryck för en viss tröghet i underrättsdomares rollförståelse.

[463] Se avsnitt 2.4.1.

[464] Se t.ex. Reichel och Åhman, 2020, 49–61; Melin, 2014, s. 435–436; Heckscher, 2014, s. 413–414; Bernitz, 2012, s. 21; Wersäll, 2004, s. 324 f.; Eliason, 2004, s. 291 f.

[465] Jfr Ställvik, 2009, s. 239–242; Södergren, 2009, s. 149–150.

5 Väktaren

5.1 Kärnan i rollen

Det andra huvudtemat som har konstruerats genom den tematiska analysen av insamlade intervjudata har fått benämningen *Väktaren*.[466] Väktaren illustrerar en föreställning om att det i underrättsdomarens rättstillämpande roll ingår att vakta och värna om det rättsliga systemet i stort. I det vaktande och värnande som Väktaren ägnar sig åt ingår att upprätthålla de principer, värden och normhierarkier som finns i det rättsliga systemet samt att se till att dessa får genomslag i rättstillämpningen. Väktaren är således inte den nationella lagstiftarens personliga väktare, vars främsta uppgift är att kontrollera att lagstiftningen får den tillämpning som lagstiftaren åsyftat. Den härskare som Väktaren ytterst tjänar står över lagstiftaren och kan enklast beskrivas som det rättsliga systemet i sig.

Det rättsliga system som Väktaren vaktar och värnar om är ett pluralistiskt system i den meningen att systemet innehåller mer än de rättsliga normer som den nationella lagstiftaren är upphovsmakare till eller som utgör produkter av den nationella lagstiftningsprocessen. Den exakta definitionen av eller det exakta innehållet i systemet kan dock inte fastställas utifrån den i studien insamlade intervjudatan.[467] Klart är dock att systemet enligt Väktaren innehåller mer än den rätt som producerats genom den nationella lagstiftningsprocessen och att det därmed finns fler auktoritativa källor till och skapare av det rättsliga systemets innehåll än den nationella lagstiftaren. Det rättsliga system som Väktaren vaktar och värnar om kan till exempel, utöver nationell positiv lagstiftning, även innehålla överordnad europeisk rätt och vissa i systemet grundläggande principer eller värden. Som exempel på sådana principer och värden kan legalitetsprincipen och värdena förutsebarhet samt enhetlighet nämnas.

Ett ytterligare centralt element i det rättsliga systemet som Väktaren vaktar och värnar om är de normhierarkier som råder i systemet. Väktaren tar de normhierarkier som råder i systemet på allvar. Uppstår det en konflikt mellan de

[466] Benämningen Väktaren följer av den funktion som underrättsdomaren kan fylla enligt den rollföreställning som Väktaren illustrerar och är inspirerad av titeln till Carl Schmitts artikel, *Der Hüter der Verfassung,* från år 1929, dock utan att anknyta till den teori som Schmitt framför i artikeln i övrigt.

[467] Det är även möjligt att uppfattningen om vad systemet exakt innehåller kan skilja sig åt mellan olika underrättsdomare.

rättsliga normerna i systemet ingår det enligt Väktaren i underrättsdomarens roll som rättstillämpare att lösa konflikten mot bakgrund av rådande normhierarkier.

Rollen som väktare av det rättsliga systemet är inte en roll som Väktaren självmant och överlagt har tagit på sig, utan betraktas av Väktaren som en ofrånkomlig roll. Väktaren vill inte nödvändigtvis hamna i positionen att inom ramen för sin rättstillämpning behöva lösa en konflikt mellan till exempel nationell lagstiftning och överordnad europeisk rätt, men uppstår en sådan konflikt upplever Väktaren ett ansvar att lösa konflikten.

Att Väktaren känner detta ansvar följer av Väktarens lojalitet gentemot det rättsliga systemet i sig, Väktarens acceptans av systemets pluralistiska innehåll och Väktarens uppfattning om att domstolarna som kollektiv samt som en aktör i systemet besitter en unik position som yttersta uttolkare av rätten. Domstolarna besitter enligt Väktaren en unik position i det rättsliga systemet, eftersom det är domstolarna som i varje rättstillämpningssituation måste komma fram till vad rätten är. Om det i en rättstillämpningssituation uppstår en konflikt mellan de rättsliga normerna i systemet eller något annat som gör det svårt för domstolen att definiera vad rätten är, är det enligt Väktaren domstolens eller domarens ansvar att lösa detta. Det är således inte enbart underrättsdomaren som ska vakta och värna om det rättsliga systemet enligt Väktaren, utan det är ett gemensamt ansvar för alla domstolar, domstolsinstanser och däri verksamma domare. Domstolarna och domarna som kollektiv fyller således enligt Väktaren en viktig funktion i upprätthållandet av de principer, värden och normhierarkier som finns i det rättsliga systemet.

Väktarens rollföreställning tar sig bland annat uttryck genom en uppfattning om att domstolarna som kollektiv, och således även underrättsdomaren, har en funktion av att granska och pröva lagstiftning. Väktaren är lojal till det rättsliga systemet och systemet står enligt Väktaren över den nationella lagstiftaren. Även den nationella lagstiftaren och den rätt som lagstiftaren producerar måste därför förhålla sig till och vara förenlig med det rättsliga systemet i sin helhet. Väktaren kan därför inta en kontrollerande roll i förhållande till lagstiftaren och de lagstiftningsprodukter som lagstiftaren beslutar om, i syfte att se till att de principer, värden och normhierarkier som finns i systemet upprätthålls och får genomslag i rättstillämpningen.[468]

Väktarens föreställning kommer även till uttryck genom Väktarens uppfattning om att det inte är tillåtet att lagstifta genom förarbeten, eftersom det strider mot legalitetsprincipen. Uppfattningen att det inte är tillåtet att lagstifta

[468] Se vidare avsnitt 5.2.

genom förarbeten innebär också att Väktaren tillskriver sig själv eller andra domare rollen som lagtolkare.[469]

Att Väktaren uppfattar att det är domarna eller domstolarna som kollektiv som främst innehar funktionen att uttolka lag eller rätten i stort medför även att Väktaren tillskriver rättsfall en särskild betydelse som rättskälla. Denna rättsfallspositivism hos Väktaren följer även av att Väktaren värdesätter att det finns en förutsebarhet och enhetlighet i rättstillämpningen, vilka båda utgör värden i det rättsliga system som Väktaren känner ett ansvar att upprätthålla.[470]

Den föreställning om underrättsdomarens roll som rättsstillämpare som Väktaren illustrerar har konstruerats utifrån en sammansättning av tre olika underteman. De tre underteman som tillsammans konstruerar Väktaren beskrivs och analyseras i de tre avsnitt som följer och består av: 5.2 *rättstillämpning är mer än lagtillämpning*, 5.3 *ej tillåtet att lagstifta genom förarbeten* och 5.4 *rättsfallspositivism*.

Kapitlet avslutas med ett avsnitt innehållande en analys och diskussion med ansatsen att belysa hur den rollföreställning som Väktaren illustrerar kan begripliggöras och ges mening, utifrån vissa institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar samt tidigare diskussioner om domarrollen i Sverige.

5.2 Rättstillämpning är mer än lagtillämpning

Det första undertemat och således den första byggstenen i konstruktionen av Väktaren har skapats av ett antal dataenheter som ger uttryck för att underrättsdomaren inom ramen för sin rättstillämpande roll har en funktion av att granska eller pröva lagstiftning. Underrättsdomarens rättstillämpande roll förefaller utifrån dessa dataenheter således kunna omfatta mer än lagtillämpning.[471]

Ett par intervjupersoner har gett uttryck för att samtliga domstolar, således även underrätterna och de domare som är verksamma där, har en funktion av att granska lagstiftning. IP6 uttrycker till exempel att domstolarna är ”kritiska granskare av den faktiska lagtexten”:

> //[IP6]: Det är inte så att det är domstolarnas uppgift att säga vad som ska gälla. Det är inte vi som ska bestämma vad som är ett vettigt straff för mord, utan vi ska skapa praxis utifrån de regler som gäller. Så om lagstiftaren ger oss regler som är

[469] Se vidare avsnitt 5.3.

[470] Se vidare avsnitt 5.4.

[471] Jfr med det första undertemat för Ämbetsmannen i avsnitt 4.2.

> tydliga, bra och som till sin lydelse kan medföra att man dömer på det sätt som lagstiftaren tänkt sig, då ska vi göra det.
>
> Vi är mer en kritisk granskare av den faktiska lagtexten skulle jag säga, och det är väldigt ovanligt. Men visst kan det hända och det kommer säkert att hända i framtiden också, att lagen inte riktigt blir som lagstiftaren hade tänkt sig och hade hoppats på.//

En annan intervjuperson som också ger uttryck för att domstolarna fyller en funktion av att granska eller pröva lagstiftning är IP9. Liksom IP6 tycks IP9 mena att det kan uppstå situationer då domstolarna efter en granskning eller prövning inte kan tillämpa den lagstiftning som lagstiftaren har producerat:

> //[IP9]: Svenska lagstiftningsprodukter håller liksom sämre klass då och då, än vad de har gjort innan. På det sättet får också domstolarna större makt, men det är ingenting som kanske domstolarna har eftersträvat. Utan de har blivit intryckta i hörnet på något vänster, eller hur man ska uttrycka det, genom att man presenterar lagstiftning som vid en granskning inte bedöms hålla måttet och sedan, från politiskt håll, genomdriver samma lagstiftning. Då är det klart att det blir domstolarnas uppgift att pröva den lagstiftningen. Är den då inte tillräckligt bra, och då handlar det inte om det materiella innehållet, utan att den inte är tillräckligt bra utformad så att man kan tillämpa den på ett seriöst sätt, då är det klart att domstolarna får en större makt per definition. Genom att man emellanåt kanske åsidosätter lagstiftning som man inte tycker att man kan tillämpa, eftersom det inte går av något skäl. Men det är inte för att domstolarna vill det. Domstolarna vill nog hellre ha väldigt väl utformad lagstiftning som är klar, tydlig och går att tillämpa.//

Av citaten från IP6 och IP9 framgår att domstolarna ibland ägnar sig åt granskning eller prövning av lagstiftning eller lagtext. Denna granskande funktion framställs som en kollektiv funktion för samtliga domstolsinstanser och således även som en funktion som underrättsdomaren kan ägna sig åt. Den granskande funktionen framställs däremot inte som något domstolarna eller domarna självmant har tagit på sig, utan framställs snarare som något ofrånkomligt och som de tvingas in i när lagstiftaren levererar lagstiftning som av någon anledning inte kan tillämpas. Om lagstiftaren däremot levererar lagstiftning som är klar, tydlig och går att tillämpa på det sätt ”som lagstiftaren tänkt sig” eller på ett ”seriöst sätt” är det domstolarnas uppgift att tillämpa den.

IP6 uttrycker till exempel att domstolarna ska tillämpa den lagstiftning som lagstiftaren skapat om den kan tillämpas, vilket talar för att IP6 ser tillämpning av lag som den primära eller ideala funktionen för domstolarna och att den granskande funktionen snarare ses som sekundär eller påtvingad. IP9 beskriver att domstolarna nog hellre vill ha lagstiftning som går att tillämpa, vilket även det

kan tolkas som att den granskande rollen ses som påtvingad och sekundär jämfört med funktionen av att tillämpa lag.

I vissa delar påminner således citaten från IP6 och IP9 om den föreställning om underrättsdomarens rättstillämpande roll som Ämbetsmannen illustrerar, så till vida att tillämpning av lag framställs som den primära och ideala funktionen för underrättsdomaren. Det som dock gör att citaten från IP6 och IP9 har tematiserats som ett uttryck för Väktaren och inte Ämbetsmannen är att dessa dataenheter, tillskillnad från dataenheterna som konstruerar Ämbetsmannen, visar på en ytterligare dimension i föreställningen om vad underrättsdomarens rättstillämpande roll kan innebära. Denna dimension består av funktionen att granska eller pröva lagstiftning. Det kanske inte är den funktion som ses som den primära eller som en funktion som alla underrättsdomare vill ha, men föreställningen om den finns och funktionen förefaller i vart fall accepteras av vissa.

Föreställningen om att det i underrättsdomarens rättstillämpande roll ingår att granska eller pröva lagstiftning visar på att det existerar en uppfattning om att det rättsliga systemet är ett pluralistiskt system som innefattar mer än de rättsliga normer som den nationella lagstiftaren är upphovsmakare till. Den granskning och prövning av lagstiftning som underrättsdomaren utför torde nämligen rimligtvis syfta till att upprätthålla eller genomdriva andra regler, principer eller värden som lagstiftaren måste förhålla sig till vid skapandet av lag. Föreställningen om en granskande eller prövande funktion kan således även sägas ge uttryck för att det inom det rättsliga systemet finns en normhierarki som underrättsdomaren kan uppfatta sig vara förpliktad att upprätthålla genom sin granskning eller prövning av lagstiftning. Ett tydligt exempel på detta som kommit till uttryck av ett antal intervjupersoner i insamlade intervjudata är att underrättsdomaren kan behöva pröva om nationell lagstiftning är förenlig med utomnationell rätt i form av Europakonventionen eller EU-rätt.

Som exempel på intervjupersoner som tagit upp denna typ av prövning kan IP9 nämnas, som bland annat uttryckt ”att svensk lagstiftning inte alltid håller måttet” vid en prövning mot utomnationell rätt i form av Europakonventionen och EU-rätt.

> //[IP9]: Åtminstone jag tillämpar juridiken på samma sätt som jag alltid har gjort tror jag. Det är nog ingen större skillnad. Men indirekt får det betydelse, eftersom jag upplever att våra vägledande instanser tar sig större friheter än vad man har gjort tidigare. Man har kanske mer och mer, och det är väl de senaste två decennierna kanske i takt med att framför allt Europakonventionen verkligen har inkorporerats i svensk lagstiftning och även EG-rätten har blivit en levande rättskälla, insett att svensk lagstiftning inte alltid håller måttet mot en prövning mot lagstiftning som är internationell lagstiftning och de internationella

domstolarnas avgöranden om man uttrycker sig lite försiktigt. Och då åsidosätter man svensk lagstiftning på ett sätt.//

IP9 har även i en annan del av intervjun gett uttryck för att underrättsdomaren ska följa den normhierarki som gäller och att underrättsdomaren därmed ska åsidosätta nationell lag om den står i tydlig konflikt med Europakonventionen eller Europadomstolens praxis:

//[ML]: Händer det ibland att det uppstår svårigheter att fastställa vad som är gällande rätt?

[IP9]: Det måste jag svara ja på, för det är klart att det gör. Men det är inte någonting som återkommer dagligen och stundligen precis. Men det händer då och då. Kanske framför allt när den inhemska svenska rätten, och med rätten syftar jag på alla inhemska rättskällor från förarbeten till HD:s domar, på något sätt kolliderar med internationella förpliktelser och framför allt kanske praxis så som den har uttolkats från Europadomstolen. Där kan det hända ibland.

Det var ett antal år sedan nu, nu har det väl satt sig, men det gällde frågan om man kunde döma människor för skattebrott i en situation när redan förvaltningsmyndigheter och förvaltningsdomstol hade påfört skattetillägg. Om förfarandet med skattetillägg var att anse som, vad heter det, ett förfarande som var att jämställa med att påföra skuld och […]

[ML]: Dubbelbestraffning?

[IP9]: Ja, dubbelbestraffning. Jag tar det som ett exempel, för jag tycker det är ganska slående för hur svenska domare och svenska domstolar agerar. Vi är lite sena på det ibland. Där var det länge att man i underrätterna i vart fall, trots att det nog kanske egentligen så här i efterhand i alla fall stod ganska klart att det är ett fall av dubbelbestraffning så som man måste förstå Europakonventionen, likt förbannat dömde folk för skattebrott ett antal år. Mellan 2005 och 2010 var det väl ungefär, fram till dess att det kom något avgörande.

Nu minns jag inte om det var HD eller om det var Europadomstolen som agerade. Jag tror faktiskt det var HD till slut som agerade och konstaterade att det inte gick. Då föranledde det ett antal resningsprocesser i svenska domstolar när folk som hade blivit dömda för skattebrott fick resning till fördel, eftersom det inte var korrekt. Det är väl ett exempel på det skulle jag säga.

[ML]: Hur uppfattar du att man ska gå till väga i de där svårare fallen?

[IP9]: Man ska följa den rättskällehierarki som gäller och då är Europakonventionen och Europadomstolens praxis styrande för oss. Har vi format lagstiftning som inte stämmer överens där ska vi helt enkelt inte tillämpa den inhemska svenska rätten i de fall där det finns tydliga kollisioner. Problemet är väl egentligen att det inte alltid är tydligt om det är en kollision eller inte. Just

det exemplet som jag tog innan, det här med skattetillägg och skattebrott, det är väl ett tydligt exempel på en kollision kanske.

[ML]: Om man då ställs inför den situationen som tingsrättsdomare, hur gör man då?

[IP9]: Jag tror att många av oss gör så att man dömer i enlighet med gällande rätt, och med gällande rätt syftar jag på hur man har löst den här situationen inomrättsligt i Sverige fram till den tidpunkt när man själv dömer. Därav de problem som har blivit med till exempel skattebrott och skattetillägg. Där kom klargörandet först i efterhand. Efter att en faslig massa domstolar har dömt helt i enlighet med den rättspraxis som var styrande då, men om man hade tittat lite vidare bort mot horisonten hade man kanske kunnat skönja att det här nog inte kommer stå sig vid en prövning. I en sådan situation ska man, tycker jag, åsidosätta den nationella lagregeln.//

Två andra intervjupersoner som också tagit upp prövningen av nationell lagstiftnings förenlighet med Europakonventionen är IP5 och IP17:

//[ML]: Du nämnde förut att det händer att konflikter uppstår, att rättskällor kan kollidera. Uppfattade jag det rätt?

[IP5]: Ja och till exempel har det i vissa fall, i lag eller förordning, införts ett överklagandeförbud där vi domstolar har gjort bedömningen att det handlar om en civil rättighet och därmed en rätt till domstolsprövning enligt Europakonventionen. Det är väl ett sådan exempel där, om man lyfter perspektivet, inte bara [otydlig inspelning] strikt kan se på den bestämmelse som man har att tillämpa. Europakonventionen är också svensk lagstiftning.//

//[ML]: Europarättsliga källor. I förvaltningsrätten kanske det framför allt är EU-rätt, men kanske Europakonventionen också?

[IP17]: Ja den finns med. Den är det väldigt många som åberopar och hänvisar till och ibland hamnar vi i en del rättsområden där det finns ett överklagandeförbud. Det vill säga att man inte har rätt att gå vidare med den här frågan. Det går inte att överklaga, men så är det någon som överklagar det ändå. Då får jag självmant ta upp det här med Europakonventionen och civila rättigheter och skyldigheter. Är det här en civil rättighet eller en civil skyldighet? I sådana fall har jag den att förhålla mig till och att man har rätt till en domstolsprövning.//

Dessa exemplifierande intervjucitat visar bland annat på att det finns underrättsdomare som accepterar att det finns en rättspluralism i systemet i den mening att systemet innefattar fler rättsliga normer än de som den nationella lagstiftaren skapat, vilket även innebär att det finns fler upphovsmakare till rättens innehåll än den nationella lagstiftaren. Dessa underrättsdomare är även

medvetna om att det mot bakgrund av denna pluralism kan uppstå konflikter mellan nationell lagstiftning och Europakonventionen eller EU-rätt.

Härutöver visar citaten att det finns underrättsdomare som är av uppfattningen att det inom det rättsliga systemet råder en normhierarki och att det ingår i underrättsdomarens roll att lösa dessa konflikter utifrån denna normhierarki. Dessa citat kan således ställas i kontrast till undertemat *Nationellrättsligt företräde* för Ämbetsmannen som visade på en tendens hos vissa underrättsdomare att i stället tilldela lagstiftaren rollen att ta ställning till huruvida det föreligger konflikter mellan nationell lagstiftning och utomnationell rätt samt hur sådana konflikter bäst ska lösas.[472]

I insamlade intervjudata har även två ytterligare typer av granskningar eller prövningar av lagstiftning som en underrättsdomare kan göra kommit upp. Dessa är dock svårare att utifrån den insamlade intervjudatan deskriptivt precisera, jämfört med den prövning som precis redogjorts för och som tar sikte på rena normkonflikter mellan nationell lagstiftning samt överordnad utomnationell rätt.

Den ena av dessa två typer av granskningar eller prövningar förefaller snarare avse lagstiftningens förhållande till mer abstrakta principer eller värden som underrättsdomaren kan känna ett självständigt ansvar att upprätthålla, än rena normkonflikter i meningen att det inte rör sig om en prövning som uppstår till följd av en konflikt mellan två formellt bindande och uttryckta normer. Den intervjuperson som framför allt har berört denna typ av granskning eller prövning är IP6:

> //[ML]: Vad tänker du är allmänna rättsprinciper? Kommer de överhuvudtaget upp till användning?
>
> [IP6]: Ja det blir ändå som ett allra yttersta ramverk som ändå gäller. I de allra flesta fallen kommer man aldrig ut mot kanten, utan man rör sig mer i mitten där det inte behöver bli en, vad ska vi säga, en variabel av betydelse. Utan det beaktas redan genom att reglerna är rättssäkra, reglerna är rimliga och reglerna är riktiga.
>
> Svårigheten blir den gången när det är någonting som inte riktigt ser ut att stämma och då tycker jag att man ändå måste ha som utgångspunkt att jag har ett eget oberoende ansvar att se till att rättvisa skipas. Det ska vara rättvist och i det ligger väldigt många olika saker. I det ligger det demokratiska perspektivet, rättssäkerhetsperspektivet och likabehandlingsperspektivet. Alla de här principerna kommer in där.
>
> Om man ställs inför en sådan fråga där det här inte riktigt har ställts på sin spets, som inte har avgjorts helt säkert, då tycker jag att man får döma efter sitt samvete. Om jag nu gör det och det sedan visar sig att det här kommer upp till

[472] Se avsnitt 4.5.

> prövning, och Högsta domstolen tar ställning till det och säger någonting annat än vad jag tycker, då tycker jag att jag får acceptera det. Då får jag följa vad Högsta domstolen ändå säger.
>
> Jag tycker inte att man egentligen ska gå emot vad Högsta domstolen säger och du ska inte heller gå emot vad lagstiftningen säger faktiskt. Det här handlar snarare om fall när lagstiftningen inte riktigt säger det som lagstiftaren hade tänkt sig. Det är väl snarare då och det är så himla himla ovanligt, men det förekommer ändå.
>
> Sedan är det väl de gånger när lagstiftningen möjligtvis inte verkar vara förenlig med grundläggande principer, som till exempel barns rättigheter. Sådana här mänskliga rättigheter och den typen av bestämmelser som är väldigt övergripande.//

Även om det är svårt att precisera exakt vad det är IP6 menar i citatet förefaller IP6 i vart fall göra en distinktion mellan dels den typ av granskning eller prövning som kan behöva göras till följd av rena normkonflikter som beskrivits tidigare, dels en typ av mer principiell eller värdebaserad granskning där IP6 kan känna ett slags etiskt eller professionellt ansvar att upprätthålla vissa rättsliga principer eller värden i sitt dömande. Den mer värdebaserade typen av granskning framgår av den första delen av citatet där IP6 bland annat ger uttryck för att hen har ett eget ”oberoende ansvar att se till att rättvisa skipas”, vilket verkar kunna innebära att IP6 måste ”döma efter sitt samvete” om hen ställs inför lagstiftning som hen inte uppfattar som rättvis och det inte finns någon tidigare praxis att förhålla sig till. Medan den första typen av granskning eller prövning kommer till uttryck i citatets sista mening där IP6 beskriver situationer när lagstiftningen ”inte verkar vara förenlig med […] till exempel barns rättigheter”, mänskliga rättigheter eller andra typer av ”bestämmelser som är väldigt övergripande”.

Den mer värdebaserade typen av granskning skiljer sig således från den första i bemärkelsen att den inte avser en prövning som uppstår till följd av en konflikt mellan två formellt bindande och uttryckta normer, utan mer handlar om en granskning av lagstiftning mot bakgrund av mer generella principer och värden som inte nödvändigtvis är formellt fastställda eller har kodifierats i lag eller någon annan föreskrift. De mer abstrakta eller generella principer och värden som den mer värdebaserade typen av granskning avser att upprätthålla torde dock fortfarande kunna betraktas som rättsliga och som en del av det rättsliga systemet enligt IP6, vilket indikeras av att IP6 ser principerna som ett ”allra yttersta ramverk”. IP6 förefaller även se dessa principer och värden som överordnade lagstiftningen, eftersom IP6 kan uppleva ett visst ansvar att upprätthålla principerna och värdena i sitt dömande i situationer när lagstiftningen inte verkar förenlig med dem.

Den mer värdebaserade typen av granskning eller prövning av lagstiftning som IP6 ger uttryck för i citatet pekar således på en uppfattning om att det rättsliga

systemet är ett pluralistiskt system som utöver formella och positivt uttryckta rättsliga normer även innehåller mer abstrakta rättsliga principer och värden. Dessa principer och värden verkar utifrån citatet dessutom kunna betraktas som överordnade lagstiftning.

Det kan dock noteras att IP6 i citatet också uttrycker att hen som huvudregel är av uppfattningen att underrättsdomaren inte ska gå emot vad lagstiftningen säger, utan att den andra typen av granskning eller prövning av lagstiftning handlar om undantagsfall eller som IP6 beskriver det ”fall när lagstiftningen inte riktigt säger det som lagstiftaren hade tänkt sig”. I denna del påminner även detta citat från IP6 om den föreställning om underrättsdomarens rättstillämpande roll som Ämbetsmannen illustrerar. Tillämpningen av lag beskrivs som den främsta funktionen för underrättsdomaren och IP6 förefaller också utgå från att lagstiftarens avsikt är att förhålla sig till de principer och värden som finns i systemet, men att lagstiftningen inte alltid blir så som lagstiftaren haft för avsikt.

Det behöver dock inte nödvändigtvis föreligga ett motsatsförhållande mellan uppfattningen om ett pluralistiskt rättsligt system, som utöver lagstiftning även innehåller överordnade principer och värden, samt uppfattningen att underrättsdomaren som huvudregel inte ska gå emot vad lagstiftningen förordar. Att döma efter lag borde nämligen också kunna falla in inom ramen för någon eller något av de principer eller värden som IP6 nämner i citatet och känner ett ansvar att upprätthålla. Det skulle till exempel kunna rymmas inom det som IP6 benämner som det ”demokratiska perspektivet, ”rättssäkerhetsperspektivet” eller ”likabehandlingsperspektivet”.

De två typer av granskning eller prövning av lagstiftning som hittills behandlats skiljer sig som tidigare beskrivits åt såtillvida att den ena avser en prövning av vad som benämnts som rena normkonflikter, medan den andra mer handlar om en granskning av lagstiftning mot bakgrund av mer generella principer och värden som inte nödvändigtvis är formellt fastställda eller har kodifierats i lag eller någon annan föreskrift. Dessa två typer av granskningar eller prövningar har dock gemensamt att båda avser en granskning eller prövning av lagstiftningens materiella innehåll eller potentiella utfall.

Den tredje typen av granskning eller prövning som kommit till uttryck i insamlade intervjudata förefaller dock inte avse lagstiftningens innehåll eller potentiella utfall, utan tycks snarare handla om en granskning eller prövning av lagstiftningens utformning och kvalitet. Till exempel uttrycks i det första refererade citatet från IP6 under detta undertema att domstolarna ska döma på det sätt som lagstiftaren tänkt sig, förutsatt att lagstiftaren har skapat regler som är tydliga, bra och som utifrån reglernas lydelse gör att domstolarna kan döma på ett sådant sätt som lagstiftaren avsett. IP6 tar även, i anslutning till att

domstolarna beskrivs som kritiska granskare av den faktiska lagtexten, upp att det kan hända att lagen inte alltid blir riktigt så som lagstiftaren hade tänkt och hoppats på.

I det första refererade citatet från IP9 under detta undertema uttrycker IP9 bland annat att svenska lagstiftningsprodukter ibland håller sämre klass än tidigare och att domstolarna därigenom får större makt, eftersom det blir domstolarnas uppgift att pröva den lagstiftningen. Om domstolarna vid denna typ av prövning bedömer att en lagstiftnings utformning inte är tillräckligt bra för att den ska kunna tillämpas på ett seriöst sätt kanske domstolarna åsidosätter lagstiftningen, vilket enligt IP9 medför att domstolarna får större makt.

Citaten från IP6 respektive IP9 ger en viss antydan om att underrättsdomaren således även kan behöva utföra granskning eller prövning av lagstiftningens utformning. Exakt vad denna granskning eller prövning omfattar eller görs mot framgår däremot inte lika tydligt av citaten. Det förefaller dock som att båda intervjupersonerna syftar på en granskning eller prövning av den faktiska utformningen av den aktuella lagtexten och huruvida den är tillräckligt tydlig och klar för att kunna tillämpas. Det är således snarare fråga om en kvalitetskontroll, än att det skulle röra sig om en granskning av lagens materiella innehåll eller potentiella utfall.

Utöver det som citaten från IP6 och IP9 indikerar om lagtextens tydlighet och klarhet preciserar citaten inte närmare vad det är för typer av brister som en underrättsdomare kan reagera på vid sin granskning eller prövning av lagtextens utformning. Det som IP6 uttrycker om att reglerna utöver att vara tydliga även ska vara bra och ”till sin lydelse [kunna] medföra att man dömer på det sätt som lagstiftaren tänkt sig” ger föga vägledning härom. Detsamma kan sägas om det som framgår av citatet från IP9 om att lagstiftningen ”inte är tillräckligt bra utformad så att man [kan] tillämpa den på ett seriöst sätt”. Mot bakgrund av att intervjupersonerna tar upp lagtextens tydlighet och klarhet förefaller det dock rimligt att anta att det bland annat skulle kunna röra sig om brister som har med lagstiftningens förutsebarhet att göra.

Att en underrättsdomare kan ställa sig kritisk till en lagstiftnings utformning utifrån dess förutsebarhet framkommer även av ett annat citat från IP9, där hen ger uttryck för uppfattningen att ”lagstiftningsprodukter generellt har blivit svagare över tid” och att det är ”lite viktigt för alla inblandade att man har något sånär förutsebar lagstiftning som faktiskt går att tillämpa”:

> //[ML]: Du har varit inne på internationell rätt som kanske kolliderar med inhemsk rätt. Händer det att inhemska rättskällor kolliderar eller säger emot varandra eller inte är förenliga?

> [IP9]: Det gör det säkert. Jag kan inte komma på något bra exempel nu. Däremot kan man konstatera, eller tycker jag i alla fall, att lagstiftningsprodukter generellt har blivit svagare över tid. I en del fall med ganska häpnadsväckande resultat.
>
> Det finns till exempel det här medialt uppmärksammade, som har gått som en följetång det senaste decenniet, där man har försökt ändra straffskalan för mord med halvlyckat resultat från lagstiftarens sida får man väl säga. Där man gjorde någon första ändring 2014 där lagstiftarens intention var att bredda tillämpningen av livstidsstraffet, men HD uttolkade att det blev en inskränkning i tillämpningen i stället. Då hade man genomdrivit den lagstiftningen trots att Lagrådet hade varit väldigt kritisk och förutspått den här effekten. Det är väl ett sådant exempel.
>
> Det finns andra exempel. Det kan du fråga någon av domarna i förvaltningsrätten som du kommer att prata med så småningom eller kanske redan har pratat med. Jag vet att det framfördes väldigt mycket kritik mot den här gymnasielagen och inte så mycket för den politiska intentionen, inte det, utan att utformningen av lagstiftningen var så dålig helt enkelt. Alltså dåligt konstruerad. Jag tror att Lagrådet, när man granskade den lagstiftningsprodukten, uttryckte någonting i stil med att man hade nått någon gräns för hur lagstiftning överhuvudtaget kan utformas och det är ju inget bra betyg åt lagstiftaren kan man säga.
>
> Det är lite viktigt för alla inblandade att man har något sånär förutsebar lagstiftning som faktiskt går att tillämpa och som är begriplig och där utfallet också blir begripligt för de som är inblandade. Där har det väl varit lite si och så i just de här fallen som jag nämnde. I den mån det är en konflikt.//

Nutida svensk rätt innehåller inte några direkta eller kodifierade regler för hur lagstiftning bör utformas.[473] Domstolarna eller domarna har inte heller uttryckligen givits uppgiften att granska eller pröva lagstiftningens utformning. Den tredje typen av granskning eller prövning av lagstiftning som redogjorts för antyder dock att det kan finnas en uppfattning hos underrättsdomare om att det rättsliga systemet även innehåller principer eller värden som ställer krav på hur lagstiftaren utformar lagstiftningen och att domare har en funktion att se till att dessa krav upprätthålls.

Utöver värdet av lagstiftningens förutsebarhet framgår det i den insamlade intervjudatan dock inte tydligt vilka värden eller principer det skulle kunna röra sig om. Möjligtvis skulle det mer övergripande kunna handla om legalitetsprincipen eller kravet på rättssäkerhet som en underrättsdomare faller tillbaka på vid denna typ av granskning.[474] Både legalitetsprincipen och kravet på rättssäkerhet torde nämligen innehålla ett krav på att det rättsliga systemet

[473] Däremot kan 8 kap. 22 § RF som anger vad Lagrådets granskning av lag ska omfatta sägas innehålla indirekta krav på hur en lagstiftningsprodukt bör utformas, se Hjertstedt, 2011, s. 60.
[474] 8 kap. 22 § RF som anger vad Lagrådets granskning av lag ska omfatta kan indirekt i p. 3 sägas omfatta ett krav på att lagstiftning ska förhålla sig till rättssäkerhetens krav, se Hjertstedt, 2011, s. 60.

innehåller klara samt tydliga regler, för att det ska finnas en förutsebarhet i rättstillämpningen.[475]

5.3 Ej tillåtet att lagstifta genom förarbeten

Det andra undertemat som utgör en del av konstruerandet av Väktaren har skapats av ett antal dataenheter där intervjupersonerna har gett uttryck för uppfattningen att det inte är tillåtet att lagstifta genom förarbeten. I följande tre exempel uttrycker intervjupersonerna explicit att det inte är tillåtet att lagstifta genom förarbeten:

> //[IP1]: Ja, lagtext är naturligtvis givet. Sedan när det gäller författningskommentarer är det också förhållandevis givet, men där får man inte heller lagstifta genom författningskommentarer. Det är någonting att vara lite vaksam på. På det sättet kanske man kan säga att författningskommentarer inte ska följas i precis alla situationer.//[476]

> //[ML]: Hur skulle du säga att du väger rättskällorna i förhållande till varandra?

> [IP6]: Jag tror inte jag har varit med om att de står emot varandra. Snarare är det att det kanske inte finns vägledning på fler än ett ställe. Jag tycker väl att de är likvärdiga egentligen. För det beror på. Jag menar om man läser en tydlig intention från lagstiftaren i förarbetet, då följer man det. Då är det svårt att tro att praxis skulle vara en annan. Det händer väl i för sig. Det händer.
>
> Det har väl varit något tag nu det här med mordbestämmelsen. Bestämmelsen för mord och vad straffet ska vara för det. Jag tror att lagstiftaren gjorde en lagändring som de tänkte skulle innebära en viss sak, men där praxis och Högsta domstolen tyckte att den inte gjorde det.
>
> I det läget skulle jag, nu hade jag aldrig ett mordmål under den perioden så det ställdes aldrig på sin spets, ha känt mig fri att göra den bedömning som jag tyckte var mest rätt i det läget. Jag är inte formellt bunden av Högsta domstolens uttalande, men i just det fallet tyckte jag att deras argument var övertygande och hade väl kanske antagligen följt vad Högsta domstolen hade sagt då.
>
> Ofta, i vart fall i det läget, handlar det om att man som rättstillämpare ställs inför en del bedömningsfrågor och problem som lagstiftaren inte alltid har beaktat eller tänkt på. Det är bara min egen reflektion. Så var det i alla fall i det fallet. Man kan inte lagstifta genom förarbeten ändå, utan det måste ändå stå i lagtexten. Tycker jag.//

[475] Se Lebeck, 2018, avsnitt 2.3.3 (digital upplaga) tillsammans med Frändberg, 2005(2), s. 288–289.

[476] I ett annat segment av intervjun med IP1 framgår att IP1 avser författningskommentarer i förarbeten, när hen talar om författningskommentarer.

> //[ML]: Du har varit inne litegrann på det här, men skulle du säga att det finns en skillnad mellan rättskällor som du ska beakta respektive bör beakta?
>
> [IP17]: Ja, jag tycker att jag absolut ska beakta lagtexten. HFD:s avgöranden är praxis. Det ska jag beakta. Jag ska också beakta lagens förarbeten, men som sagt, beakta dem kanske på ett annorlunda sätt än själva lagtexten då. Man lagstiftar inte med förarbeten. För då skulle det som står i förarbetena vara lagtext och det är det inte.//

Vad intervjupersonerna avser med lagstiftning genom förarbeten går inte att utläsa direkt av citaten från IP1, IP6 och IP17. I litteraturen har dock lagstiftning genom förarbeten beskrivits innebära att förarbeten ges ett, ofta mycket konkret, innehåll som saknar förankring i lagtext.[477] Det kan antas att det är denna typ av förarbeten som intervjupersonerna också avser.

De citerade intervjupersonernas uppfattning om att lagstiftning genom förarbeten inte är tillåtet torde ha sin grund i legalitetsprincipen. Föreskriftskravet som utgör en del av legalitetsprincipen innebär bland annat att en lag inte får tolkas eller tillämpas i strid med sin lydelse, även om det skulle kunna motiveras av en ”lojalitet med lagstiftaren” och med stöd av ändamålsuttalanden.[478]

I citatet från IP6 nämns även en lagändring gällande straffet för mord och för sammanhanget relevant praxis från HD. Den lagändring och praxis från HD som IP6 hänvisar till har jag antagit vara 2014 års lagändring gällande en straffskärpning för mord samt NJA 2016 s. 3 där HD prövade ett fall av så kallat lagstiftning genom förarbeten.[479] HD kom i NJA 2016 s. 3 att underkänna den lagstiftningsteknik som hade använts vid 2014 års lagändring gällande straffet för mord mot bakgrund av legalitetsprincipen. HD ansåg att uttalandet i propositionen, prop. 2013/14:194, som innebar att livstids fängelse skulle utgöra normalstraffet vid mord inte hade stöd av den gjorda omformuleringen i 3 kap. 1 § brottsbalken.[480] Det förefaller mot bakgrund av denna praxis som rimligt att anta att även intervjupersonernas uppfattning om att det inte är tillåtet att lagstifta genom förarbeten har sin grund i legalitetsprincipen. NJA 2016 s. 3 verkar dessutom ha gjort ett särskilt avtryck på vissa underrättsdomare då det utöver IP6 även har tagits upp av IP1, IP7 samt IP9:

[477] Munck, 2014, s. 202. Se även Sundberg, 1990, s. 237; Bratt och Tiberg, 1989, s. 414; Hessler, 1957, s. 242.

[478] Se Sterzel, 2020, s. 99.

[479] Se lagen (2014:274) om ändring i brottsbalken, för den aktuella lagändringen.

[480] NJA 2016 s. 3 p. 22–26.

//[ML]: Om jag förstår dig rätt så händer det att rättskällor kolliderar, eller att det av praxis framgår att ett förarbete inte ska tolkas på ett visst sätt?

[IP1]: Ja, alltså det är väldigt ovanligt. Men för att ta ett exempel från ganska nyligen så har man beträffande mordbestämmelsen och vilken påföljd som ska gälla vid mord haft ett antal omgångar med lagändringar där man just ger uttryck för ett regelinnehav i förarbetena, men där Högsta domstolen kom fram till att de uttalandena i förarbetena inte har fått fäste i själva lagtexten. Därför ska inte det tillämpas. Men det är en ovanlig situation naturligtvis.//

//[ML]: I det där fallet du nämnde nu, att HD kanske har uttalat sig på ett sätt som skiljer sig från förarbeten, vilken väg följer du då?

[IP7]: Då följer jag nog Högsta domstolen. Jag tänkte spontant på det här avgörandet som gällde ändringen i straffskalan för mord från Högsta domstolen, när man sa att den här ändringen i straffskalan för mord och de uttalandena som fanns i förarbetena inte gick att utläsa ur lagtexten. Därför kunde man inte tillämpa det så. Då tänker jag att jag ska följa vad HD har sagt i den delen.

[ML]: Nu var det Högsta domstolen som gjorde det uttalandet. Om vi säger att det skulle komma en liknande situation i tingsrätten och du sitter som domare, hur hanterar du den situationen då?

[IP7]: Du menar där jag själv kanske tycker att det inte verkar vara korrekt att tillämpa så som förarbetena säger? Jag har inte varit i den situationen, men om jag hade tyckt att man har missat någonting eller att det stred mot rättsliga principer eller motsvarande, då bör jag i alla fall resonera kring det och även om det står i förarbetena kanske göra avsteg från det. Om jag tycker att det är uppenbart att det inte ska tillämpas på ett visst sätt.

[ML]: Vad grundar du det på? Du nämnde principer.

[IP7]: Som i det här fallet när Högsta domstolen inte tyckte att det kunde följa av lagtext att man kunde döma på ett visst sätt finns det straffrättsliga principer, som legalitetsprincipen, som säger att det ska framgå av lag vad man kan dömas för. Jag har inte varit i situationen. Det kan jag inte påminna mig om, men jag kan väl tänka mig att sådana saker kanske skulle göra att man tänker efter och funderar på om det verkligen är att det ska tillämpas på det här sättet. Men som sagt, det är lite svårt att prata abstrakt om det när jag inte har något eget exempel att hänga upp det på.//

Vad gäller IP9 nämns 2014 års lagändring gällande straffskärpning för mord i ett citat som refererats tidigare under det första undertemat för Väktaren som ett exempel på att ”lagstiftningsprodukter generellt har blivit svagare över tid”. Citatet från IP9 ger därmed intryck av att frågan om lagstiftning genom förarbeten även kan kopplas till den granskning eller prövning av lagstiftningens

utformning som en underrättsdomare kan behöva utföra. Den granskning eller prövning av lagstiftningens utformning som diskuterats under första undertemat för Väktaren verkar alltså utöver lagtextens utformning även kunna omfatta dess förhållande till relevanta förarbeten.[481]

Uppfattningen att det inte är tillåtet att lagstifta genom förarbeten pekar likt det första undertemat för Väktaren på att underrättsdomaren kan uppfatta sin roll som inte bara lagtillämpande, utan också som en värnare av grundläggande rättsprinciper.

Uppfattningen att det inte är tillåtet att lagstifta genom förarbeten innebär dock inte att förarbeten generellt anses irrelevanta eller att de inte bör beaktas i rättstillämpningen. Tvärtom så framgår det av citaten från i vart fall IP1, IP6, IP17 och IP5 att förarbeten ska eller bör beaktas i rättstillämpningen. Det är när förarbetsuttalanden inte har stöd i den aktuella lagtexten som intervjupersonerna kan känna ett behov att agera och vakta eller värna om legalitetsprincipen som en grundläggande princip i det rättsliga systemet. Detta antyder att intervjupersonerna uppfattar att de i rollen som underrättsdomare har en viss funktion att upprätthålla grundläggande principer i det rättsliga systemet och att denna funktion väger tyngre än att genomdriva det som kommit till uttryck i förarbetena.

Att underrättsdomaren i vissa situationer kan avvika från förarbetsuttalanden tyder också på att underrättsdomaren i dessa fall intar en mer aktivt lagtolkande roll, alternativt att underrättsdomaren söker efter vägledning för lagtolkning på annat håll än i förarbetena. Den lagtolkande funktionen blir i dessa situationer en funktion som mer tillfaller underrättsdomaren eller domstolarna som kollektiv, vilket är intressant att jämföra med den diskussion som förts under det andra undertemat *lagtolkning genom lagstiftarens intentioner* för Ämbetsmannen.

Under det undertemat för Ämbetsmannen fördes bland annat en diskussion om att ett par av citaten som där refererades antydde att intervjupersonerna betraktade lagstiftaren som den som är bäst, eller i vart fall bättre lämpad än underrättsdomaren, att säga hur lag ska tolkas. Lagtolkning framstod således inte som en funktion som primärt tillskrevs underrättsdomaren eller domstolarna som kollektiv, utan snarare en funktion som tillskrevs lagstiftaren.[482] Den uppfattning som kommer till uttryck i detta andra undertema för Väktaren nyanserar dock denna funktionsfördelning då den tillerkänner även underrättsdomaren eller domstolarna som kollektiv en lagtolkande funktion,

[481] Se avsnitt 5.2.

[482] Se avsnitt 4.3.

särskilt i situationer där förarbetsuttalanden inte står i överensstämmelse med lagtexten.

Uppfattningen att det inte är tillåtet att lagstifta genom förarbeten indikerar även att intervjupersonerna gör en distinktion mellan riksdagens mandat som den enligt regeringsformen lagstiftande makten och regeringens mandat som den huvudsakliga verkställande makten.[483] Att en underrättsdomare kan göra en sådan distinktion framkommer även av ett citat från IP5 där hen uttrycker att regeringens avsikt, som den kommit till uttryck genom ett förarbete, har en ”underordnad roll” i förhållande till lagtextens formulering:

> //[IP5]: Förarbetsuttalanden är i jämförelse med Högsta förvaltningsdomstolen någonting som vi bör beakta för att få frågan satt i sitt sammanhang tycker jag. Men är förarbetsuttalandet i strid med hur lagtexten är formulerad får det en tydlig underordnad roll. Då hamnar den på en lägre nivå när det gäller värde vid bedömningen om man säger så, även om regeringens avsikt kanske var tydlig. Skulle regeringen uttrycka att det är någonting som bör tillåtas och att man skulle kunna ha undantag, men lagparagrafen har ett ska, är det inget förhandlingsutrymme. Då är det något som ska vara uppfyllt för att man ska ha rätten. Det går inte att göra avkall på den nivån på krav.//

Distinktionen mellan riksdag och regering, som uppfattningen att det inte är tillåtet att lagstifta genom förarbeten indikerar, är också intressant att jämföra med vissa delar av den diskussion som förts under det andra undertemat *lagtolkning genom lagstiftarens intentioner* för Ämbetsmannen. Under det undertemat argumenterades bland annat för att de intervjupersoner som citerades skulle ha en vidare och mer korporativistisk definition av lagstiftaren än den som följer av regeringsformen, eftersom de beskrev förarbetena som förmedlare av lagstiftarens intentioner. Citaten från dessa intervjupersoner gav intrycket av att intervjupersonerna inte enbart såg lagstiftaren som skapare av den faktiska lagen, utan även som upphovsmakare till lagens förarbeten.[484]

De intervjucitat som däremot behandlats under detta undertema för Väktaren förefaller, tillskillnad från de intervjucitat som återgavs under undertemat för Ämbetsmannen, återspeglar en mer tydlig och medveten åtskillnad mellan riksdagens och regeringens mandat. Uppfattningen att det inte är tillåtet att lagstifta genom förarbeten skulle därför kunna tolkas som grundad i en snävare

[483] Jfr 1 kap. 4 § RF med 1 kap. 6 § RF.

[484] Se avsnitt 4.3.

förståelse av vem lagstiftaren är, och i ett mer principiellt värnande av legalitetsprincipen.[485]

5.4 Rättsfallspositivism

Det tredje och sista undertemat som tillsammans med övriga två underteman konstruerar Väktaren har skapats av ett antal dataenheter som ger uttryck för något som jag har valt att benämna för *rättsfallspositivism*. Med rättsfallspositivism avses här en benägenhet hos underrättsdomaren att tillmäta rättsfall en särskild betydelse som rättskälla i rättstillämpningen.[486] Detta gäller särskilt rättsfall från de högsta domstolsinstanserna, men kan även avse rättsfall från andra instans och andra underrätter.

Den rättsfallspositivism som kommit till uttryck i insamlade intervjudata och som konstruerar detta undertema tycks framför allt motiveras av tre olika rationaliteter från intervjupersonernas sida. Det första synsättet, som återspeglar en av rationaliteterna, är att rättsfall bidrar till förutsebarhet och enhetlighet i rättstillämpningen. Detta synsätt har uttryckts av ett antal av intervjupersonerna och följande tre citat har bedömts som representativa exempel:

> //[ML]: Vilka rättskällor uppfattar du att du ska beakta?
>
> [IP1]: När det gäller Högsta domstolens praxis är nog min uppfattning att man bör följa den. Det blir nog nästan aldrig riktigt relevant att tala om ska där, eftersom det alltid är en speciell situation. Men om man tar en väldigt tydlig situation så är det [otydlig inspelning] som anses vara ringa stöld nu. Det är som en utgångspunkt i en värdegräns, vilket belopp det tillgripna godset har, och i den situationen tycker jag absolut att det är en skyldighet. Om det inte finns några andra omständigheter som påverkar hur man ska bedöma den här gärningen tycker jag absolut att man ska följa den där värdegränsen som Högsta domstolen har satt. Det handlar om att det ska finnas en förutsebarhet i vår rättsordning.
>
> Det blir sällan väldigt skarpt på det sättet, men jag skulle aldrig själv välja att till exempel uttrycka att Högsta domstolen tycker så här i en motsvarande situation, men det tycker inte jag. Jag tänker inte tillämpa det. Däremot kan det mycket väl vara så att Högsta domstolen har skrivit så här, men jag bedömer att den situationen inte är uppe i mitt fall. Därför kommer inte jag att tillämpa den norm som Högsta domstolen har gett uttryck för, utan jag kommer att tillämpa tvärtom.//

[485] Se dock det tidigare citatet i undertemat från IP6 som trots att hen ger uttryck för uppfattningen att det inte är tillåtet att lagstifta genom förarbeten förefaller ha en mer korporativistisk definition av lagstiftaren, eftersom hen också ger uttryck för att förarbeten förmedlar lagstiftarens intentioner. Se vidare diskussion om detta i avsnitt 7.3.

[486] Jfr SOU 1999:58, s. 17–18.

//[IP6]: Man ska följa praxis för att döma enhetligt. Det är viktigt i samhället att domstolarna dömer likadant.//

//[ML]: Om du har ett mål framför dig och HD har bedömt den här frågan, men du inte håller med om det. Hur kan du förhålla dig till det då?

[IP20]: Ja, då kan jag alltid falla tillbaka på att jag är självständig och det betyder att jag kan göra precis vad jag vill. Det är ett sätt att se på domarens självständighet. Men jag tror att det är viktigt att vara lojal med den högsta instansen och den praxis som finns. Skulle jag verkligen vara av uppfattningen att det här måste bedömas på ett annat sätt, då gäller det att hitta det som är skillnaden i det fall jag har framför mig och det som HD har avgjort. Men också, tycker jag, väldigt tydligt och transparent redovisa varför man kommer till en annan utgång. Det är viktigt.

[ML]: Men det måste finnas någonting i de sakliga omständigheterna?

[IP20]: Ja, men jag tycker faktiskt det. Det blir ohållbart annars. Vi har en hierarki mellan domstolarna som framgår av lag faktiskt och vi ska se till att det blir en enhetlig rättspraxis. Det finns såklart en utveckling inom praxis som jag tycker är besvärlig, men det ligger inte riktigt i mitt uppdrag som domare. Min revolution får jag driva på något annat sätt än i det enskilda fallet. Då får jag försöka ägna mig åt den rättspolitiska diskussionen. Det tycker jag absolut att man som domare kan göra. Men inte i det enskilda fallet, utan det här blir en rättssäkerhetsfråga. Du måste ha en viss förutsebarhet. Tycker jag. Även om man tycker att man gör en god gärning i det enskilda fallet så tror jag att man tjuvkopplar ett system som i längden är av godo.//

I citaten från IP1, IP6 och IP20 lyfts värdet av förutsebarhet och enhetlighet i rättstillämpningen som en motivation till varför de i rollen som underrättsdomare bör eller ska följa praxis från högsta instans.[487] Att värdet av förutsebarhet och enhetlighet lyfts som en motivation till att följa praxis pekar på en uppfattning hos intervjupersonerna att det rättsliga systemet innehåller vissa rättsliga värden som de anser är viktiga att upprätthålla i sin rättstillämpning. Liksom det första och andra undertemat för Väktaren indikerar således även detta synsätt att underrättsdomaren kan uppfatta rollen som rättstillämpare som innefattande ett ansvar att värna grundläggande rättsliga värden och principer.

Citaten från IP1, IP6 och IP20 förefaller framför allt avse rättsfall eller praxis från högsta domstolsinstans i form av HD. I ett citat från IP9 uttrycks dock även att värdet av enhetlighet kan utgöra en motivation till att även ta vägledning från

[487] IP1, IP6 och IP20 är alla underrättsdomare verksamma i tingsrätt. Värdet av enhetlighet har även uttrycks av intervjupersoner verksamma i förvaltningsrätt. Se till exempel kommande citat av IP12.

rättsfall från underrätterna i rättstillämpningen, särskilt när det kommer till bedömningen av påföljdsfrågor:

> //[IP9]: Jag tror inte man sitter i hovrätt och kikar på underrättsavgöranden i någon större utsträckning för att komma fram till vad som är gällande rätt. Det tror jag inte. Men det kan jag göra. Jag kan även kika på underrättsavgöranden där man har prövat samma fråga som jag prövar emellanåt. Till exempel om det är en udda typ av brott som jag aldrig har sett förut. Det händer trots att jag har jobbat som domare i femton år. Det händer fortfarande att det dyker upp små saker som jag aldrig har sett innan. Då kan jag med fördel ta vägledning av någon annan underrätt som har prövat ett likartat mål rörande samma typ av brott.
>
> Framför allt handlar det om att få till stånd en enhetlig rättstillämpning när det handlar om påföljder, så att man hamnar någorlunda på samma nivåer i olika domstolar. Där uppfattar jag det egentligen som att ju fler andra domare som har dömt på ett visst sätt, eller bedömt straffvärdet för ett visst brott på ett visst sätt, desto mer rätt är det. Det rätta där är den enhetliga rättstillämpningen tycker jag, snarare än att det skulle vara något annat som är rätt baserat på några andra rättskällor någonstans. Det skiljer sig lite från andra rättstillämpningsfrågor tycker jag. Det här med påföljdsfrågor.//

En annan intervjuperson som tagit upp värdet av enhetlighet i rättstillämpningen och följsamhet till praxis är IP12. IP12 förefaller även ta följsamheten till praxis från högre instanser ett steg längre genom att hen utöver värdet av enhetlighet och rättssäkerhet också ger uttryck för att hens följsamhet till praxis motiveras av att hen har en ”lojalitet till systemet”. Med det avser IP12 att hen har en lojalitet till rättsfall från högre domstolsinstanser och till att ”systemet är uppbyggt på att vi har lagstiftning som tolkas av domstolarna”:

> //[IP12]: När det kommer nya saker, nya frågor och ny lagstiftning finns det en frihet och det är viktigt att titta objektivt. Det är inte mina personliga uppfattningar. Dem har man alltid med sig, men det är inte de som är avgörande vid tolkningen av lagstiftningen. Det är liksom en del i systemet och sedan efterhand som det kommer praxisavgöranden förhåller man sig till praxis. Jag kanske själv tycker att det borde vara på ett annat sätt men praxis säger något annat, då är det naturligtvis det som gäller. Så det finns en frihet, men det är såklart också en lojalitet till systemet. Annars fallerar rättssäkerheten och en enhetlig rättstillämpning.
>
> [ML]: När du säger lojalitet till systemet, vad menar du då?
>
> [IP12]: Till avgöranden från högre instans. Har de högsta instanserna sagt någonting, då är det så. Då ska inte jag sitta här och obstruera för att jag personligen tycker någonting annat. I domarrollen ligger att jag tillämpar lagstiftningen och jag tillämpar praxis när jag tillämpar lagstiftningen. Det är inte en lojalitet mot myndighet eller lojalitet mot regering eller riksdag, utan lojalitet

> mot praxis och att systemet är uppbyggt på att vi har lagstiftning som tolkas av domstolarna.//

Citatet från IP12 leder in på den andra rationaliteten som, utifrån intervjudatan, verkar motivera en rättsfallspositivism. Denna rationalitet bygger på en uppfattning om att det rättsliga systemet är uppbyggt på att domstolarna har en särskild funktion bestående av att tolka lagstiftning och att underrättsdomaren därmed förväntas följa praxis från högre domstolsinstanser. Detta synsätt uttrycks bland annat i citatet från IP12 då hens följsamhet till praxis från högre domstolsinstanser bland annat verkar följa av en uppfattning om att det rättsliga systemet är uppbyggt på att det finns domstolar som har till uppgift att tolka lagstiftning och att underrättsdomaren ska vara lojal mot detta system. Det senare indikerar att IP12 ser det som en del av sin roll som rättstillämpare att följa praxis från högre domstolsinstanser.

Även i ett citat från IP20 som refererats tidigare under detta undertema för Väktaren, uttrycks ”att det är viktigt att vara lojal med den högsta instansen och den praxis som finns”. IP20 betonar även att det finns en hierarki mellan domstolarna som framgår av lag och ger också uttryck för att det i hens uppdrag som underrättsdomare ingår att följa praxis från högsta instans.

Att en underrättsdomare kan se det som en del av sin roll att följa praxis från högre domstolsinstanser stöds även av ett citat från IP4 som uttrycker att det är hens uppgift att följa det som HD har uttalat:

> //[IP4]: I doktrinen, men också i praxis, har det väl kanske kommit till en ren praktisk tillämpning och tolkning av de regler som lagstiftaren har satt upp. Det framstår då som naturligt att ta intryck av detta. Om Högsta domstolen i något avseende har uttalat sig i något avgörande så anser jag att det är min uppgift att följa detta.//

Uppfattningen att domstolarna har en funktion att tolka lagstiftning och att underrättsdomaren har till uppgift att följa praxis från högre domstolsinstanser är intressant att jämföra med delar av analysen som gjorts under det andra undertemat *lagtolkning genom lagstiftarens intentioner* för Ämbetsmannen. Där framfördes bland annat att ett par av intervjucitaten gav uttryck för en uppfattning om att det i underrättsdomarens roll som rättstillämpare ingår att följa lagstiftarens intentioner vid tolkning av lag. I detta synsätt tillskrevs lagstiftaren inte bara funktionen av att skapa lag, utan även funktionen att genom sina intentioner säga hur lagen ska tolkas.[488]

[488] Se avsnitt 4.3.

Den uppfattning om att domstolarna har en funktion att tolka lagstiftning och att underrättsdomaren har till uppgift att följa praxis från högre domstolsinstanser, som citaten från IP12 och IP3 ger uttryck för, nyanserar således den bild som framkommit under Ämbetsmannens andra undertema. I detta synsätt är det i stället domstolarna som tillskrivs den lagtolkande funktionen och underrättsdomarens lojalitet riktas snarare mot det rättsliga systemet som sådant eller högre domstolsinstanser, än mot lagstiftaren och lagstiftarens intentioner.

Att underrättsdomare kan ha uppfattningen att det främst är domstolarna som har en lagtolkande funktion och inte lagstiftaren, samt därmed ha en lojalitet till högre domstolsinstanser och deras praxis snarare än lagstiftaren och dennes intentioner, har även kommit till uttryck i ett antal dataenheter där intervjupersonerna uttryckt att de värdesätter praxis högre än förarbeten som rättskälla. IP5 uttrycker till exempel att den vägledning som underrätterna får från högsta instans eller överrätterna är den primära vägledningen, även om hen även uppger att förarbeten också används i stor utsträckning:

> //[IP5]: Jag tycker fortfarande att vi i stor utsträckning ändå tittar mycket på förarbeten för att kunna få en förståelse för hur det var tänkt egentligen. Men jag skulle säga att det primära är den vägledning vi har fått från högsta instans i olika frågor, och vägledning som vi kan ha fått från överrätter i liknande fall.//

Ett annat exempel är IP3 som uttrycker att ”Högsta domstolens praxis går före förarbetsuttalanden”:

> //[ML]: Hur skulle du till exempel väga ett förarbetsuttalande i förhållande till Högsta domstolens praxis?
>
> [IP3]: Som jag tänker går Högsta domstolens praxis före förarbetsuttalandena. Jag vet inte om alla jurister har den uppfattningen, och det är kanske mycket min uppfattning, men för mig är det en självklarhet. Att om valet står mellan HD och vad det står i en proposition, då är det HD som gäller.//

Ett antal intervjupersoner har även gett uttryck för att praxis från högsta instans har företräde eller väger tyngre än förarbeten när det finns ett motstridigt innehåll mellan rättskällorna:

> //[IP17]: Om Högsta förvaltningsdomstolen har använt en bestämmelse och säger att den ska tillämpas på ett visst sätt, då är det så. Då har de bestämt det. Då kan jag inte frångå det. Om det då finns förarbetsuttalanden som man kan tycka pekar åt ett annat håll eller är vaga, då är det HFD som går före.//

//[På fråga om det någon gång har hänt att praxis och förarbetsuttalanden kolliderar svarar IP12:]

[IP12]: Ja, fast i den mån det gör det är min uppfattning att praxis övertrumfar förarbetsuttalandena. Då har en av de högre instanserna klarlagt och är det så att lagstiftaren inte håller med om slutsatserna måste lagstiftaren gå in och ändra och justera i lagstiftningen tänker jag.

Om du har ett färskt prejudikat från HFD, som i och för sig har läst förarbetena och inte håller med, är det klart att jag följer vad HFD gör. Jag sätter inte förarbetena före HFD, för de har gjort det där med öppna ögon och tydligen tyckt att förarbetena inte heller dög.//

Att praxis kan ha företräde eller väga tyngre än förarbeten vid händelse av en konflikt verkar inte bara kunna gälla praxis från högsta domstolsinstans. IP5 som citerats tidigare uttrycker också att hen snarare följer ett avgörande från kammarrätten, än ett uttalande i ett förarbete:

//[IP5]: Om det är exakt samma förutsättningar och det handlar om vilken tolkning som ska göras av en specifik bestämmelse, då tycker jag nog att jag följer avgöranden från kammarrätten snarare än ett uttalande i ett förarbete.//

Den tredje rationaliteten som utifrån intervjudatan verkar kunna motivera en rättsfallspositivism relaterar till den nyss beskrivna andra rationaliteten, i den meningen att den också handlar om en uppfattning om domstolarnas roll eller funktion i det rättsliga systemet. Medan den andra rationaliteten bygger på en uppfattning om att det rättsliga systemet är uppbyggt på att domstolarna har en särskild funktion bestående av att tolka lagstiftning, tar den tredje rationaliteten de högsta domstolsinstansernas roll ett steg längre. Det synsätt som denna rationalitet verkar bygga på är nämligen att högsta instans utgör en legitim rättsbildande aktör jämte lagstiftaren.

Det är framför allt IP20, som även citerats tidigare i undertemat, som gett uttryck för nämnda synsätt. IP20 uttrycker bland annat att HD ibland inte orkar vänta in lagstiftarens lagändring och kan gå ganska långt i sin praxis. Som exempel på detta tar IP20 upp HD:s praxis gällande bedömningen av narkotikabrott där HD, enligt IP20, inte orkade vänta in en lagändring från lagstiftaren ”och därför kom med ett eget avgörande” som helt ändrade synen på denna bedömning: [489]

[489] Även om det inte uttryckligen framgår vilken specifik praxis från HD som IP20 avser har jag antagit att det är HD:s praxis gällande påföljd för narkotikabrott från 2011 och 2012, se t.ex. NJA 2011 s. 675 I och II, NJA 2012 s. 510 samt NJA 2012 s. 528, som IP20 hänvisar till. Denna praxis av HD har tagits upp som exempel i den juridiska litteraturen på en utveckling av HD:s rättsbildande roll, se Wersäll, 2014(1), s. 1 f.; Wersäll, 2014(2), s. 218 f.

//[ML]: Har det hänt någon gång att du ställts inför att praxis och förarbeten är motstridiga eller att du upplever att det inte går ihop?

[IP20]: Nej, inte motstridiga. Däremot kan man gå ganska långt i praxis ibland. Att man är ganska vid sidan av och det kan man ju fundera på. Ibland har man inte orkat vänta in lagstiftaren och det är väl det som har varit diskussioner kring Högsta domstolen. Kring narkotikabrotten till exempel. När man inte orkade vänta in lagstiftaren och därför kom med ett eget avgörande som helt ändrade synen på det.

[ML]: Om du ställdes inför en sådan situation. Hur skulle du resonera då när det kommer till vilken vikt du lägger de olika […]?

[IP20]: Då följer jag HD:s praxis, för så är det. Det där får man hantera på ett annat sätt. Nej, då följer jag HD:s praxis.//

IP20 uttrycker i slutet av citatet att hen skulle följa HD:s praxis även i situationer då HD valt att inte invänta lagstiftarens eventuella ändringar och gått långt i sin bedömning i förhållande till rådande rättsläge. Citatet från IP20 antyder att en underrättsdomare inte bara kan se HD som en rättsbildande aktör jämte lagstiftaren, utan också att lojaliteten till HD:s praxis i vissa fall kan vara starkare än lojaliteten till lagstiftaren och det rättsläge som var gällande innan praxisändringen.

5.5 Analys och diskussion

I detta avsnitt analyseras den rollföreställning som Väktaren illustrerar, utifrån institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar samt tidigare diskussioner om den svenska domarrollen. Syftet är varken att redogöra för gällande rätt, normativt utvärdera eller att fastställa orsakerna bakom Väktarens rollföreställning, utan att belysa vissa institutionella och konstitutionellrättsliga sammanhang samt diskussioner om domarrollen inom vilka Väktaren och dess underteman kan begripliggöras.

Eftersom vissa av dessa institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar och diskussioner inte har behandlats tidigare i avhandlingen innehåller avsnittet även inslag av mer redogörande karaktär. Dessa inslag är dock inte ett självändamål, utan syftar enbart till att underlätta analysen av rollföreställningen.

5.5.1 Institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar

Den rollföreställning som Väktaren illustrerar responderar bland annat med flera av de förändringar som det svenska konstitutionella systemet och det svenska rättssystemet har genomgått under de senaste decennierna. Från att under stora delar av 1900-talet ha varit huvudsakligen nationellt orienterad har det svenska rättssystemet under de senaste decennierna blivit alltmer sammanflätad med internationell, regional och transnationell rätt.[490] En särskilt påtaglig förändring i sammanhanget skedde år 1995 då Sverige blev medlem i EU och Europakonventionen inkorporerades i den svenska rättsordningen.[491] Denna internationalisering med europeiseringen i spetsen har utmanat det svenska rättssystemet, som traditionellt kännetecknats av en rättslig centralism, med en rättslig pluralism avseende både rättskällor och alternativa rättsbildare vid sidan om den nationella lagstiftaren.[492]

Som redogjorts för i avsnitt 2.3 har europeiseringen för den svenska domaren bland annat inneburit att hen idag inte endast ska tillämpa den rätt som producerats av den nationella lagstiftaren, utan även ska tillämpa rätt som producerats av andra rättsbildare på europeisk nivå. Här tillkommer dessutom att domaren i sin rättstillämpning ibland ska lämna företräde för den rätt som skapats på europeisk nivå av andra rättsbildare än den nationella lagstiftaren, vilket har bidragit till ytterligare normhierarkier i svensk rätt.[493]

Även om den svenska domaren redan före år 1995 hade att ta ställning till normkonflikter och utföra normprövning i enlighet med 11 kap. 14 § regeringsformen, innebär den rättsliga pluralism som bland annat europeiseringen aktualiserat att frågor om normkonflikter och normhierarkier i dag framstår som en central institutionell fråga i rättstillämpningen, inte minst för att det rättsliga systemet ska uppfattas som sammanhängande.

Europeiseringen har dessutom inneburit att den nationella lagstiftaren har att förhålla sig till ett större antal överordnade rättsliga normer. De rättsliga normer som härrör från EU-rätten och Europakonventionen sätter ytterligare ramar för den nationella lagstiftningsprocessen och bidrar till att lagstiftarens

[490] Lindholm, Derlén och Naurin, 2025, s. 128–129. Jfr även t.ex. Hirschl, 2011, s. 469; Walker, 2002, s. 337; MacCormick, 1999, s. 97–121.

[491] Jfr Anslutningsfördraget och SFS 1994:1219. Se även Lindholm, Derlén och Naurin, 2025, s. 128, där det också uttrycks att europeiseringen särskilt förstärkt internationaliseringen av det svenska rättssystemet. Jfr även t.ex. Hirschl, 2011, s. 469; Walker, 2002, s. 337; MacCormick, 1999, s. 97–121.

[492] Se Lindholm, Derlén och Naurin, 2025, s. 128–129. Jfr även t.ex. Michaels, 2009, s. 244 f.; Walker, 2002, s. 337; MacCormick, 1999, s. 97–121.

[493] Se avsnitt 2.3.

handlingsutrymme blir mer begränsat. Detta medför att relationen mellan den nationella lagstiftaren och den svenska domaren i högre grad kan präglas av frågor om normhierarkier och normkonflikter, vilket för domaren kan aktualisera en mer granskande roll i förhållande till lagstiftaren.

Den rollföreställning som Väktaren illustrerar kan mot denna bakgrund förstås som förenlig med de institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar som europeiseringen inneburit för det svenska konstitutionella systemet. Det första undertemat, *rättstillämpning är mer än lagtillämpning*, ger uttryck för att rättstillämpning, förutom tillämpning av lag, också kan innefatta granskning eller prövning av lagstiftning. Undertemat ger även uttryck för en uppfattning om det rättsliga systemet som pluralistiskt, i betydelsen att det innefattar fler regler, principer och värden än de som den nationella lagstiftaren ensam är upphovsmakare till. Dessa uttryck, som även återkommer i de andra två undertemana, framstår som begripliga mot bakgrund av de institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar som följer av EU-rätten och Europakonventionens ställning i svensk rätt.

Det andra undertemat för Väktaren, *ej tillåtet att lagstifta genom förarbeten,* framstår som särskilt intressant då det ger uttryck för en uppfattning som står i kontrast till hur användningen av förarbeten i svensk rättstillämpning traditionellt har beskrivits.[494] Sett till de konstitutionellrättsliga förutsättningarna framstår uppfattningen däremot som mer begriplig.

Som redan framförts i undertemat bör uppfattningen att det inte är tillåtet att lagstifta genom förarbeten ha sin främsta grund i legalitetsprincipen. Legalitetsprincipen utgör en allmän rättsprincip inom den konstitutionella rätten och kommer även till uttryck i bland annat 1 kap. 1 § 3 st. regeringsformen där det stadgas att den offentliga makten utövas under lagarna. Som en del av legalitetsprincipen innebär föreskriftskravet att lagens ordalydelse inte får åsidosättas vid tolkning eller tillämpning, även om en sådan avvikelse skulle kunna motiveras av lagstiftarens intentioner och ändamålsuttalanden.[495] I ljuset av detta framstår uppfattningen att det inte är tillåtet att lagstifta genom förarbeten som begriplig.

Härtill kan uppfattningen som uttrycks i det andra undertemat förstås mot bakgrund av NJA 2016 s. 3. HD prövade här ett fall av så kallad lagstiftning genom förarbeten och uttryckte att den lagstiftningsteknik som hade använts vid 2014 års lagändring gällande straffet för mord inte var förenlig med

[494] Se t.ex. Bratt och Tiberg, 1989, s. 414; Schmidt, 1976, s. 262; Hessler, 1957, s. 242–243. Se även fn. 456. För vidare läsning om denna kontrast, se avsnitt 5.5.2.

[495] Se Sterzel, 2020, s. 99.

legalitetsprincipen. Detta rättsfall förefaller dessutom ha gjort ett särskilt avtryck på vissa underrättsdomare, eftersom det tagits upp av flera intervjupersoner.

Vad beträffar Väktarens tredje undertema *rättsfallspositivism,* där de redovisade dataenheterna ger uttryck för en benägenhet hos underrättsdomaren att tillmäta rättsfall en särskild betydelse som rättskälla i rättstillämpningen, harmonierar det med de högsta domstolsinstansernas ställning som prejudikatinstanser. De högsta domstolsinstansernas främsta uppgift kan beskrivas vara att vägleda rättstillämpningen genom en prejudikatbildande verksamhet.[496]

Både vad gäller de allmänna domstolarna och de allmänna förvaltningsdomstolarna har det särskilt sedan 1970-talet genomförts ett antal reformer i syfte att renodla de olika domstolsinstansernas huvudsakliga funktioner.[497] Vad gäller de högsta domstolsinstanserna har reformerna framför allt syftat till att renodla Högsta domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens funktioner som prejudikatinstanser. År 1971 skedde en fullföljelsereform som innebar en begränsning av möjligheterna att meddela prövningstillstånd i Högsta domstolen, vilken medförde att Högsta domstolen i stort sett gavs en renodlad funktion som prejudikatinstans.[498] En liknande reform genomfördes samma år även för Högsta förvaltningsdomstolens del i samband med införandet av förvaltningsprocesslagen (1971:291).[499]

Mot bakgrund av de högsta domstolsinstansernas funktion att vägleda rättstillämpningen framstår den benägenhet att tillmäta rättsfall från de högsta instanserna en särskild betydelse som rättskälla, som uttryckts i det tredje undertemat, som begriplig. Även benägenheten att tillmäta rättsfall från domstolarna i andra instans, det vill säga hovrätt eller kammarrätt, kan förstås linjera med att också dessa domstolar har funktionen att vara vägledande för rättstillämpningen.[500]

Att underrättsdomare utifrån vad som uttryckts i det tredje undertemat även förefaller kunna ta vägledning av avgöranden från andra underrätter i rättstillämpningen, framstår dock som svårare att förstå i ljuset av underrätternas huvudsakliga funktion. Underrätterna har inte tillskrivits någon vägledande funktion på motsvarande sätt som de högre domstolsinstanserna. Däremot torde värdet av förutsebarhet eller enhetlighet i rättstillämpningen kunna betraktas som

[496] Se t.ex. prop. 2012/13:45, s. 78; prop. 2007/08:139, s. 21; prop. 2004/05:131, s. 173; prop. 1971:45, s. 83.

[497] Se t.ex. prop. 2004/05:131; prop. 1993/94:133; prop. 1992/93:216; prop. 1971:45; prop. 1971:30.

[498] Prop. 1971:45, s. 83 f. Se även Welamson och Munck, 2022, s. 137–138.

[499] Prop. 1971:30, s. 72 f.

[500] Se 49 kap. 14 § 3 p. RB respektive 34 a § 2 st. 3 p. FPL.

institutionella förutsättningar som kan begripliggöra att underrättsdomare även kan ta vägledning av avgöranden från andra underrätter.[501]

Sammantaget kan Väktaren förstås som en rollföreställning som harmonierar med de institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar som präglar det samtida rättssystemet, och som accentuerats av en ökad europeisering och rättslig pluralism. Detta behöver dock inte tolkas som att Väktaren ger uttryck för en avsiktlig ambition hos underrättsdomare att förskjuta makt från den nationella lagstiftaren till domstolarna, utan analysen visar enbart att Väktaren kan förstås mot bakgrund av de förändringar som det svenska konstitutionella systemet och det svenska rättssystemet har genomgått under de senaste decennierna.

Samtidigt kan konstateras att Väktaren svårare låter sig förenas med det historiskt betingande maktfördelningsideal som 1974 års regeringsform fortfarande kan anses ge uttryck för.[502] Väktaren ger snarare uttryck för en mer aktiv och granskande rättstillämpande roll, än en rättstillämpande roll som främst går ut på att vara lojal mot den nationella lagstiftaren.

5.5.2 Tidigare diskussioner om domarrollen

Den rollföreställning som Väktaren illustrerar linjerar med flera av inläggen i diskussionen om en svensk domarroll i förändring, som pågått sedan millennieskiftet. Enligt denna diskussion har svenska domstolar och domare i dag en mer aktiv funktion i det konstitutionella systemet än tidigare, särskilt i frågor som rör maktbalans och normkontroll. Härtill menar vissa av diskussionsdeltagarna att de har kunnat urskilja en utveckling mot ett mer principiellt orienterat rättstillämpande, där allmänna rättsprinciper ges större betydelse än tidigare. Det har även framförts att förarbetenas betydelse i rättstillämpningen har minskat.[503]

Väktarens första undertema, *rättstillämpning är mer än lagtillämpning,* kan förstås mot bakgrund av den utveckling som diskussionsinläggen ger uttryck för. Undertemat, enligt vilket underrättsdomaren inom ramen för sin rättstillämpande roll kan granska eller pröva lagstiftning, framstår som förenlig med uppfattningen att den svenska domaren idag har en mer aktiv roll att spela när det kommer till

[501] Att förutsebarhet och enhetlighet kan betraktas som institutionella förutsättningar för rättstillämpningen följer bl.a. av att det är dessa värden som motiverar att de högre domstolsinstanserna har tillskrivits funktionen att lämna vägledning till rättstillämpningen, se t.ex. prop. 2004/05:131, s. 187; prop. 1971:45, s. 83; prop. 1971:30, s. 77–79.

[502] Jfr avsnitt 4.6.

[503] Se avsnitt 2.4.2.

normkontroll; en utveckling som framför allt brukar beskrivas vara orsakad av en europeisering av det svenska rättssystemet.[504]

I Väktarens samtliga underteman har det även uttryckts rättskälleuppfattningar som står i samklang med diskussionen om en svensk domarroll i förändring. Flera av diskussionsinläggen tar nämligen upp att det har skett en förändring i de rättskällor som den svenska domaren använder sig av i sin rättstillämpning.[505] Som en förklaring till denna förändring har det bland annat beskrivits som sannolikt att svenska domare genom att läsa EU-domstolens praxis influeras av EU-domstolens syn på och användning av rättskällor samt tolkningsmetoder.[506]

Som nämnts inledningsvis är ett återkommande tema i diskussionen att förarbetenas betydelse i domstolarnas rättstillämpning har minskat till följd av EU-rättens genomslag.[507] Det har även framförts att svenska domare i högre grad än tidigare tillämpar principiellt orienterade resonemang och tillmäter allmänna rättsprinciper större vikt, vilket också har kopplats till en europeisering av svenskt rättstänkande.[508] Vidare har det gjorts gällande att svenska domares användning av rättspraxis har ökat till följd av EU-rättens inflytande.[509]

I ljuset av denna diskussion kan exempelvis det som kommer till uttryck i Väktarens första undertema om att normprövning inte enbart avser konflikter mellan formellt bindande och uttryckta normer, utan även kan avse konflikter mellan exempelvis lagstiftning och mer abstrakta principer eller värden framstå som mer begripligt. Jämfört med vad som traditionellt ansetts gälla inom svensk rättstillämpning är det inom EU-rätten mer vanligt med principiellt tänkande och att rättstillämpningen baseras på allmänna rättsprinciper.[510] Till exempel använder EU-domstolen sig av allmänna rättsprinciper för att fylla ut den skrivna

[504] Jfr t.ex. Wersäll, 2017, s. 1; Melin 2014, s. 435–436; Norberg, 1995, s. 424.

[505] Se t.ex. Reichel och Åhman, 2020, s. 52–53; Ställvik, 2009, s. 246–247; Bernitz, 2002, s. 38 f.; Wersäll, 2000, s. 250 f.

[506] Se Eliason, 2004, s. 295. På motsvarande sätt har det i litteraturen också hävdats att konventionsrätten också har en indirekt påverkan på svensk rättstillämpning, rättskällelära och domarrollen, se Bernitz, 2012, s. 57. Jfr även t.ex. Abrahamsson, 1999, s. 845; Nergelius, 1997, s. 426 f.; Rosén, 1996, s. 244 f.

[507] Se t.ex. Fura-Sandström, 2004, s. 264; Wersäll, 2000, s. 250 f.; Abrahamsson, 1999, s. 845.

[508] Se Reichel och Åhman, 2020, s. 52–53; Bernitz, 2002, s. 38 f.

[509] Se t.ex. Reichel och Åhman, 2020, s. 51–60; Eliason, 2004, s. 294–295; Fura-Sandström, 2004, s. 264. Jfr dock Lindholm och Derlén, 2016, s. 148 f., som i en studie baserad på avgöranden från HD mellan åren 1981–2014 visar att HD:s användning av såväl praxis som förarbeten har ökat sedan slutet av 1980-talet. Lindholm och Derlén ställer sig dock tveksamma till att denna utveckling beror på en tilltagande europeisering av svensk rätt, utan anser att den bästa förklaringen till denna utveckling snarare är att HD i enlighet med 1971 års fullföljdsreform har blivit en mer aktiv prejudikatinstans.

[510] Reichel och Åhman, 2020, s. 52; Bernitz, 2012, s. 26.

rätten när det finns luckor, som ett hjälpmedel för tolkning och som en grund för normprövning.[511]

Även Väktarens andra undertema, *ej tillåtet att lagstifta genom förarbeten,* kan förstås mot bakgrund av dessa uppfattningar. Som tidigare framförts har svenska domare traditionellt ansetts använda sig av förarbeten i hög grad i sin rättstillämpning.[512] Ett klassiskt exempel på rättspraxis som har ansetts illustrera den roll som förarbetena traditionellt har haft i svensk rättstillämpning är NJA 1985 s. 788.[513] Målet gällde frågan om deltagande i så kallad sparringträning skulle omfattas av lagen (1969:612) om förbud mot professionell boxning. Av lagens 1 § framgick ett förbud mot att i Sverige delta ”i tävlings-, uppvisnings- eller träningsmatch i professionell boxning […]”. Både tingsrätten och hovrätten valde att fria den tilltalade med motiveringen att sparring inte utgjorde en match i den mening som lagen förbjöd. Högsta domstolen fällde dock den tilltalade till straffrättsligt ansvar. Till skillnad från de lägre instanserna tog Högsta domstolen stöd av förarbetena till den aktuella lagen, där det tydligt framgick att sparring utgjorde en sådan match som omfattades av straffbudet, och noterade att detta inte kunde anses stå i strid med den aktuella lagtextens ordalydelse. I den juridiska litteraturen har Högsta domstolen bland annat kritiserats för att i denna dom ge legalitetsprincipen ett försvagat innehåll samt tillmäta förarbetena överraskande stor betydelse.[514]

Det har traditionellt i Sverige också ansetts brukas en lagstiftningsteknik där lagtexten hållits kort och dess vidare innehåll och innebörd i stället har utvecklats i dess förarbeten; en lagstiftningsteknik som de svenska domstolarna och domarna tidigare även har ansetts acceptera.[515] Uppfattningen att det inte är tillåtet att lagstifta genom förarbeten, som kommer till uttryck genom Väktarens andra undertema, kan härmed sägas gå emot både den funktion som förarbetena traditionellt ansetts ha i svensk rättstillämpning och den lagstiftningstradition som ansetts finnas. Däremot linjerar undertemat mer med den uppfattning som uttrycks i diskussionen om en domarroll i förändring, där det framhållits att den svenska domarens användning av förarbeten har minskat till följd av en europeisering.

I sammanhanget kan nämnas att förarbeten av det slag som vi har i Sverige i stort sett saknas inom EU-rätten. Däremot kan de ingresser som inleder EU:s

[511] Lenaerts och Gutiérres-Fons, 2010, s. 1631 f., 1636 f. och 1649 f. Jfr även analysen och diskussionen om Ämbetsmannen, avsnitt 4.6.2.

[512] Se t.ex. Ställvik, 2009, s. 246–247; SOU 1999:58, s. 11; Nergelius, 1997, s. 426.

[513] Se Derlén, Lindholm och Naarttijärvi, 2025, s. 122.

[514] Lambertz, 1986, s. 227.

[515] Se t.ex. Sundberg, 1990, s. 236; Schmidt, 1976, s. 262; Hessler, 1957, s. 242–243.

rättsakter och befintlig lagstiftningshistorik vara vägledande vid tillämpningen av EU-rätt. EU-domstolen har dock ansetts ha en återhållsam inställning till att tillskriva sådant EU-rättsligt material som kan liknas vid förarbeten någon särskild status som rättskälla.[516] Mot bakgrund av detta har det uttryckts att de svenska domarna, influerade av en europeisk juridisk metod, alltmer kan komma att bortse från den eventuella vägledning som kan finnas att hämta i förarbeten till förmån för egen tolkning eller vägledning hämtad från rättspraxis.[517]

På ett liknande sätt som det andra undertemat harmonierar även Väktarens tredje undertema, *rättsfallspositivism,* med en del av inläggen i diskussionen om en svensk domarroll i förändring. Samtidigt som användningen av förarbeten anses ha minskat till följd av europeiseringen, anses användningen av rättspraxis ha ökat. Detta har förklarats av dels att den rättspraxis som står till buds har blivit mer omfattande, genom att även avgöranden från EU-domstolen och Europadomstolen numera kan fungera som vägledning vid sidan av praxis från svenska prejudikatinstanser, dels att svenska domare i sin rättstillämpning kan ha påverkats av EU-domstolens sätt att använda och utveckla praxis. I linje med denna utveckling har det även framförts att europeiseringen har bidragit till att de svenska prejudikatinstansernas roll och betydelse har förstärkts.[518]

Det bör dock noteras att det inte utgör någon nyhet att svenska domare anses tillmäta rättspraxis ett högt rättskällevärde. Även om svenska domare traditionellt ansetts uppvisa en stor lojalitet mot den nationella lagstiftaren och uppfattats som obenägna att avgöra mål i strid med lagtext och förarbetsuttalanden, har också rättspraxis ansetts ha ett högt rättskällevärde i svensk rättstillämpning.[519]

Sammantaget framstår den rollföreställning som Väktaren illustrerar som väl förenlig med den diskussion som förts om en svensk domarroll i förändring. De uppfattningar som kommer till uttryck i Väktarens underteman linjerar med

[516] Bernitz, 2000/01, s. 701–702. Jfr dock Lenaerts och Gutiérres-Fons, 2013, s. 24, som uttrycker att förarbetens betydelse inom EU-rätten inte ska betraktas som marginella, även om de har en mer begränsad funktion i jämförelse med andra tolkningsmetoder. Enligt Lenaerts och Gutiérres-Fons verkar dessutom förarbeten kunna få en större betydelse inom EU-rätten framgent.

[517] Se t.ex. Fura-Sandström, 2004, s. 264–265; Wersäll, 2000, s. 254–255; Abrahamsson, 1999, s. 842–843.

[518] Se t.ex. Reichel och Åhman, 2020, s. 51–60; Eliason, 2004, s. 294–295; Fura-Sandström, 2004, s. 264. Reichel och Åhman framför dock även att de svenska prejudikatinstansernas roll också har blivit mer komplicerad, till följd av att EU-domstolen och Europadomstolen har det yttersta ansvaret för tolkningen av EU-rätten respektive Europakonventionen. De svenska prejudikatinstanserna utgör således inte de enda prejudikatinstanserna av relevans för den svenska rättstillämpningen.

[519] Se SOU 1999:58, s. 17.

beskrivningar av en mer aktiv och pluralistisk rättstillämpning, där domaren tar ett större ansvar för att kontrollera och granska nationell lagstiftnings förenlighet med överordnade normer, principer och värden.

5.5.3 Sammanfattande syntes

Sammantaget kan Väktaren förstås som en rollföreställning som är förenlig med ett konstitutionellt system präglat av rättslig pluralism och normhierarkier. Utan att göra anspråk på att förklara varför denna rollföreställning förekommer, bidrar analysen till att visa hur Väktaren kan begripliggöras och ges mening mot bakgrund av de institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar som präglar det svenska rättssystemet idag. Väktarens samtliga underteman kan relateras till de institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar som har vuxit fram i det svenska konstitutionella systemet under de senaste decennierna, särskilt till följd av europeiseringen och den ökade rättsliga pluralismen. Väktarens föreställning om underrättsdomarens roll som kontrollerande och granskande framstår som förenlig med ett system där domstolarna i rättstillämpningen har att förhålla sig till flera överordnade normer, komplexa normhierarkier och normkonflikter.

När Väktarens föreställning relateras till tidigare diskussioner om den svenska domarrollen framträder en tydlig samklang med diskussionen om en domarroll i förändring. Betoningen av domstolarnas ansvar att upprätthålla principer, betydelsen av rättspraxis samt en mer återhållsam hållning till förarbeten som rättskälla, jämfört med vad som tidigare tillskrivits svenska domare, överensstämmer väl med den diskussion som förts om den svenska domarens mer aktiva roll när det kommer till maktbalans och normkontroll inom det svenska konstitutionella systemet.

Sammanfattningsvis kan Väktaren förstås som en rollföreställning som tydliggör ett ideal om underrättsdomaren som en väktare av det rättsliga systemet och dess sammanhållning, snarare än som en aktör vars främsta uppgift är att tillämpa rätt som producerats av lagstiftaren genom den nationella lagstiftningsprocessen. Till skillnad från Ämbetsmannen framstår Väktaren härmed inte som lika historiskt betingad, utan som en rollföreställning som i hög grad kan förstås harmoniera med de institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningarna som idag finns i det svenska konstitutionella systemet.

6 Kreatören

6.1 Kärnan i rollen

Det tredje huvudtemat som har konstruerats genom den tematiska analysen av insamlade intervjudata har fått benämningen *Kreatören*. Kreatören illustrerar en föreställning om att underrättsdomarens rättstillämpande roll även kan innefatta rättsskapande och rättsutvecklande dimensioner. De rättsskapande och rättsutvecklande dimensionerna som Kreatören illustrerar innebär att underrättsdomaren kan förstås som en kompletterande rättsbildande[520] aktör vid sidan av andra rättsbildande aktörer, som till exempel den nationella lagstiftaren.

Att underrättsdomaren kan förstås som en kompletterande rättsbildande aktör innebär dock inte att underrättsdomarens rättsbildande verksamhet är av samma slag som den som andra rättsbildande aktörer ägnar sig åt. Den rättsbildning som rollföreställningen innefattar, och som underrättsdomare kan bedriva genom rättsskapande eller rättsutveckling, skiljer sig på olika sätt från den rättsbildning som bland annat den nationella lagstiftaren och de högsta domstolsinstanserna utför. Underrättsdomares rättsbildning karaktäriseras bland annat av att dess verkan framför allt bör vara begränsad till det enskilda mål som en underrättsdomare har att döma i. Detta särskiljer rollföreställningen om underrättsdomarens rättsbildning från den rättsbildning som lagstiftaren och de högsta domstolsinstanserna ägnar sig åt, eftersom deras rättsbildning har och är avsedd att ha en mer generell normativ verkan.

Den rättsskapande dimensionen eller funktionen som Kreatören illustrerar tar sig uttryck i ett kreativt arbete i form av utfyllnad, konkretisering och tolkning av rätten som en underrättsdomare kan behöva ägna sig åt i ett mål, när hen ställs inför rättsfrågor som de befintliga rättskällorna inte tillhandahåller direkta och tydliga svar på. Rättsskapandet följer inte av en agenda eller ett motiv hos underrättsdomare av att vilja skapa rätt, utan är snarare en funktion som underrättsdomare kan tvingas in i vare sig hen uppskattar den eller inte. Vissa underrättsdomare kan uppskatta denna funktion och finna den givande, medan andra helst inte vill ägna sig åt den.[521]

[520] I denna avhandling används begreppet ”rättsbildning” som ett samlingsbegrepp som omfattar både rättsskapande och rättsutveckling. Rättsskapande och rättsutveckling betraktas således som olika former av rättsbildning, se avsnitt 2.3.1.

[521] Se vidare avsnitt 6.2.

Den rättsutvecklande dimensionen som Kreatören illustrerar syftar på en funktion som en underrättsdomare kan välja att utföra i situationer när hen ställs inför rättsfrågor som det visserligen kan finnas svar på i befintliga rättskällor, men att svaret som rättskällorna erbjuder framstår som orimliga, är klandervärda eller på annat sätt inte är i linje med samhällsutvecklingen. I dessa situationer ställs underrättsdomaren inför valet att avvika från eller utveckla gällande rätt, alternativt att döma så som gällande rätt föreskriver. Om Kreatören ställs inför en sådan situation väljer Kreatören att antingen avvika från gällande rätt eller genom tolkning av rätten åstadkomma en tillämpning i det enskilda målet som enligt Kreatören är mer anpassad efter rådande förhållanden i samhället jämfört med hur rätten har tolkats och tillämpats tidigare.[522]

Som tidigare nämnts är både den rättsskapande och den rättsutvecklande dimensionen som Kreatören illustrerar framför allt begränsad till det enskilda mål som underrättsdomaren har att döma i. Såväl Kreatörens rättsskapande som rättsutveckling torde i de flesta fall syfta till att komma fram till ett avgörande i det enskilda målet och inte till att skapa mer generella rättsliga normer som även är direkt tillämpbara på andra mål. Detta följer bland annat av att underrätternas domar inte har någon prejudicerande effekt i den meningen att andra domstolar eller domare generellt bör följa dem. Rättsskapandet och rättsutvecklingen sker dessutom mot bakgrund av de särskilda sakförhållandena i ett mål, vilket bör medföra att den norm som rättsskapandet eller rättsutvecklingen lett fram till framför allt är tillämpbar i målet i fråga och inte nödvändigtvis i andra mål med andra sakförhållanden.

Trots att rättsskapandet och rättsutvecklingen framför allt är begränsad till det enskilda mål som underrättsdomaren har att döma i, är Kreatören medveten om att både rättsskapandet och rättsutvecklingen kan vara ett första steg mot en prejudikatbildning. Vissa Kreatörer kan även vara av uppfattningen att underrätterna har en central roll att spela i domstolssystemet när det kommer till att leda väg för en framtida prejudikatbildning i högsta instans. Dessa Kreatörer kan därför engagera sig i rättsutveckling i syfte att få till stånd en framtida prejudikatbildning.[523]

Den föreställning om underrättsdomarens roll som rättsstillämpare som Kreatören illustrerar har konstruerats utifrån en sammansättning av tre olika underteman. De tre underteman som tillsammans konstruerar Kreatören beskrivs och analyseras i de tre avsnitt som följer och består av: 6.2 *rättsskapande*

[522] Se vidare avsnitt 6.3.

[523] Se vidare avsnitt 6.4.

för rättstillämpning, 6.3 *rättsutveckling genom rättstillämpning* och 6.4 *rättsskapande och rättsutveckling som ett första steg mot prejudikatbildning*.

Kapitlet avslutas med en analys och diskussion med ansatsen att belysa hur den rollföreställning som Kreatören illustrerar kan begripliggöras och ges mening utifrån vissa institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar samt tidigare diskussioner om domarrollen i Sverige.

6.2 Rättsskapande för rättstillämpning

Det första undertemat och således den första byggstenen i konstruktionen av Kreatören har skapats av ett antal dataenheter som ger uttryck för att underrättsdomaren, inom ramen för sin rättstillämpande roll, kan och ibland även måste fylla en rättsskapande funktion. Med rättsskapande avses här en glidande skala av kreativt arbete som en underrättsdomare ibland behöver ägna sig åt i situationer då rättskällorna inte tillhandahåller direkta och tydliga svar på rättsfrågorna i ett enskilt mål och som underrättsdomaren måste besvara för att kunna döma i målet. I dessa situationer kan underrättsdomaren nödgas in i ett kreativt arbete i form av att tolka, anpassa, konkretisera eller fylla ut rättskällorna mot bakgrund av de sakomständigheter som föreligger i det mål som underrättsdomaren har att döma i.

Flera av de underrättsdomare jag har samtalat med har gett uttryck för att det kan uppstå situationer då underrättsdomaren kan behöva fylla en rättsskapande funktion i den mening som precis beskrivits. En av intervjupersonerna som gjort detta är IP3, som beskriver att det är många gånger som hen upplevt att rättsläget är oklart och att underrättsdomaren vid sådana tillfällen ”på sätt och vis” får ”skapa rätt”:

> //[ML]: Har du upplevt någon gång, när man undersöker de rättskällor som finns, att rättsläget fortfarande är oklart?
>
> [IP3]: Ja. Många gånger.
>
> [ML]: Hur ska man göra då?
>
> [IP3]: Hade jag fått ett dygn på mig att besvara den frågan hade jag kanske funderat ut någon metod hur man gör. Nu svarar jag mer spontant. Är rättsläget oklart får man på sätt och vis skapa rätt. Man får bestämma helt enkelt att det här tycker jag är rätt. Man får ta till sig det som finns helt enkelt och dra slutsatser av det. Finns det till exempel analogislut att dra kan man göra det.//

En annan intervjuperson som också har gett uttryck för att det i underrätt kan ske ett rättsskapande är IP18. IP18 uttrycker att det finns de som är av uppfattningen att förvaltningsrätten inte kan skapa rätt, men att hen tror att det är en felaktig uppfattning. Förvaltningsrätterna skapar rätt enligt IP18 för att det ska bli en korrekt dom i det enskilda fallet:

> //[IP18]: När jag var på kammarrätten tyckte de äldre råden att kammarrätten och förvaltningsrätten inte kan skapa rätt. Det kan bara HFD göra. Men det tror jag är en felaktig syn, för då skulle hela rättssystemet vara helt lutande bara mot att de ändrar rättsregler. Det skulle aldrig kunna utvecklas och det tror jag inte att man har tänkt sig.
>
> [ML]: Om jag tolkar dig rätt, att det finns ett utrymme. Skiljer sig utrymmet mellan instanserna? Hur fri är man i skapandet?
>
> [IP18]: Jag tror att vi tycker väldigt olika där. Som sagt, de här gamla råden tyckte inte att någon av instanserna kunde göra det, bara HFD, och formellt tror jag att det är många som tycker det. HFD kan skapa rätt men det kan inte underinstanserna göra. Varken kammarrätten eller förvaltningsrätten.
>
> Men det är också en lite svår fråga att svara på. I exemplet som jag drog är det väldigt enkelt att se att jag tillämpar ett avgörande från HFD analogt. Då vet man att man sticker utanför komfortzonen, för det gör vi normalt inte. Vi tillämpar inte något analogt och det beror på samma EU-rättsliga principer, men också nationella principer, som säger att man har ett berättigat intresse att veta vad man följer för någonting.
>
> Så jag tror att de flesta av oss av legala skäl inte sitter och skapar rätt för att vi tycker att det är rätt eller för att vi ska skapa prejudikat, utan vi dömer för att det ska bli rätt i det enskilda fallet. Mot bakgrund av vad vi vet av rättstillämpningen så att säga.
>
> Nog sjutton har jag sett exempel på när olika domare på underinstanser ger fullkomligt fasiken i vad som görs i överinstanser och skriver både kors och tvärs att det är på ett annat sätt. Men det tycker jag är fel. Jag tycker inte att det är vår roll. Jag tycker inte att det är förvaltningsrättens roll. Jag skiljer inte på förvaltningsrätt och kammarrätt, för jag tycker det är underinstanser bägge. Jag tycker att ingen av oss har rätt att gå emot HFD. Men däremot, det vet du också, finns det nästan inte ett enda mål hur enkelt det än är som är exakt likadant. Så det finns alltid utrymme för att tycka att det mål jag har framför mig inte är likartat med det som HFD har dömt, av det här och det här skälet.//

De flesta av intervjupersonerna som har gett uttryck för att det kan uppstå situationer som kräver en form av rättsskapande från underrättsdomarens sida har dock inte själva beskrivit det som ett rättsskapande eller skapande av rätt. Några har i stället beskrivit att det kan förekomma tillfällen då de som underrättsdomare behöver ”fylla ut” rätten eller ”konkretisera” rätten. För transparensens skull bör här nämnas att dessa intervjupersoner troligt kan ha

blivit influerade av den begreppsanvändning som jag har använt mig av under intervjusamtalen, vilken också synliggörs i följande citat:

> //[ML]: Uppfattar du att det finns ett utrymme vid utförandet av den rättstillämpande uppgiften att fylla ut rätten som domare?
>
> [IP2]: Jo, nästan alltid finns det. Mer eller mindre. Jag har sällan så pass konkret och tydlig vägledning att det svarar exakt på mitt konkreta mål. Det går alltid att tolka. Det går alltid att abstrahera mina omständigheter i mitt mål och när jag gör det har jag ett visst utrymme för skönsmässiga bedömningar. Så jag måste nästan alltid fylla ut och konkretisera normerna så att de stämmer på mitt fall eller inte gör det.//
>
> //[ML]: Uppfattar du att det finns ett utrymme vid utförandet av den rättstillämpande uppgiften, i förvaltningsrätt, att själv som domare fylla ut rätten?
>
> [IP5]: Ja det är det, eller fylla ut? Det är väl att konkretisera hur rätten ska tillämpas i det specifika fallet.//

En annan intervjuperson, IP10, beskriver att det snarare handlar om tolkningsfrågor än utfyllnad och att det ofta uppstår situationer när lagstiftningen inte ger några givna eller korrekta svar. Underrättsdomaren får då sluta sig till vad hen tycker är den ”rimliga och lämpliga lösningen utifrån de förutsättningar som gäller”:

> //[ML]: Uppfattar du att det finns ett utrymme vid utförandet av den rättstillämpande uppgiften att själv fylla ut rätten som tingsrättsdomare?
>
> [IP10]: Ja, det beror på. I många fall som man avgör finns det egentligen inga rätta svar eller färdiga svar som alla kan enas om är det riktiga. Utan det handlar hela tiden om att tillämpa den här lagstiftningen och det man har i olika situationer och man kan ofta argumentera för olika utfall och lösningar som kan ha lika stort fog för sig.
>
> Det är väl kanske inte en utfyllnad direkt, men det kan mycket väl vara så att hovrätten läser på ett helt annat sätt eller tolkar åt det andra hållet. Det är inte direkt utfyllnad. Men den är sällan kasuistisk lagstiftningen, utan den är allmänt hållen och det blir tolkningsfrågor och ofta går det inte att hitta rätt svar. Oavsett vilken metod du använder. Det slutar med att det blir något man tycker måste vara den rimliga eller lämpliga lösningen utifrån de förutsättningar som gäller.//

6.2.1 Rättskapande som en ofrånkomlig funktion

Att en underrättsdomare ibland måste ägna sig åt rättsskapande i enskilda fall, i form av bland annat tolkning, utfyllnad eller konkretisering av rätten, kan utifrån

min tolkning och tematisering av insamlade intervjudata framför allt förklaras utifrån tre samverkande faktorer.

Den första faktorn har att göra med förekomsten av vägledande rättskällor och dess natur. Rättskällor i form av exempelvis lagstiftning, förarbeten, praxis, doktrin, sedvana och allmänna rättsprinciper ger rätten och de rättsliga normerna innehåll. När en underrättsdomare ska besvara de rättsfrågor som uppkommit i det mål som hen har att döma i söker sig underrättsdomaren till rättskällor för att finna svar. Det är dock inte alltid som underrättsdomaren finner svar i rättskällorna på de rättsfrågor som hen har att besvara.

Av de tidigare citaten från IP3, IP5 och IP10 framgår exempelvis att den vägledning som rättskällorna ger kan vara för allmänt hållen, för otydlig eller inte tillräckligt konkret för att den ska ge ett exakt eller färdigt svar. Andra intervjupersoner beskriver även att det ibland saknas vägledande rättskällor som berör just den fråga som underrättsdomaren söker svar på:

> //[ML]: Finns det alltid tillräcklig vägledning i rättskällorna när man ska göra en rättslig bedömning?
>
> [IP7]: Nej, det gör det inte. I de allra flesta fall tycker jag att det gör det. Det mesta som jag dagligdags håller på med finns det i någon mån svar på. Det kan finnas ett direkt svar och det kan finnas ett svar som man kan hitta genom att man läser på olika ställen och väger samman saker. Sedan är det klart att man ibland stöter på saker där det faktiskt saknas. Det saknas praxis eller där förarbetsuttalandena inte är särskilt uttömmande eller så där. Så kan det vara.//
>
> //[ML]: Finner du alltid tillräcklig vägledning i källorna?
>
> [IP9]: Nja. Nej, det är klart jag inte gör. Alltså vissa frågor är ännu inte prövade, så då finns det helt enkelt inte något svar och rätten är ständigt under utveckling. Annars kunde vi lägga ned HD till exempel. Om de inte behövde pröva något mer. Om all praxis redan fanns. Så det finns ju massor med frågor som fortfarande är olösta och de hittar man inte svar på. Men de flesta tillämpningsfrågor som jag stöter på i min vardag finns det svar på.//

Underrättsdomaren kan alltså ibland ställas inför rättsfrågor som rättskällorna inte ger svar på eller vägledning i, på grund av att det helt enkelt inte finns någon rättskälla som besvarar eller är vägledande i frågan.

Detta leder mig in på den andra faktorn som utgör en del av förklaringen till varför underrättsdomaren ibland måste ägna sig åt rättsskapande i enskilda fall. Medan den första faktorn framför allt rör förekomsten av vägledande rättskällor och dess natur har den andra faktorn med sakförhållandena i det enskilda fallet att göra.

Underrättsdomaren har vid sin rättstillämpning i ett mål att besvara de rättsfrågor som följer av konkreta situationer och omständigheter som är aktuella i målet. Sakförhållandena i ett mål framstår utifrån intervjudatan emellertid beskaffade så att de många gånger eller, som IP9 i följande citat uttrycker, ”alltid” på något sätt skiljer sig åt i förhållande till andra mål:

> //[ML]: Om det är ett gränsfall och det finns källor som talar åt det ena eller andra hållet, kan du förklara för mig då hur man väljer vilket håll man går?
>
> [IP9]: Det är inte riktigt kanske åt det ena eller andra hållet. Man får försöka leta upp det som man har mest stöd för.
>
> [ML]: Har du något exempel får du gärna ta det.
>
> [IP9]: Nej, jag har inte något bra exempel som jag kommer på nu direkt i huvudet. Det har jag inte. Men för det första har man väldigt sällan exakt likadana omständigheter på bordet i olika fall. Det är alltid något som särskiljer. Någon liten detalj. Om det är antalet slag, en situation eller förhållandet. Nu är jag återigen tillbaka på misshandelsfallet bara för att jag snöade in på det, men förhållandet mellan gärningsperson och brottsoffer. Det är alltid någon detalj som särskiljer. Då hittar man andra exempel på fall som har prövat väldigt liknande omständigheter och då får man till slut bilda sig en egen uppfattning.
>
> Om jag hittar två fall som är väldigt snarlika det som jag har på bordet, i det ena fallet betecknade någon domstol detta som en normalgradsmisshandel och i något annat fall som en grov misshandel, får jag titta på vad det är för omständigheter de har prövat. Hur lika är de mina? Har jag något tillkommande som inte är prövat här och som talar i mildrande eller försvårande riktning? Till slut hittar man någonting när man gör den här analysen som gör att jo det här är mer dragning åt det grövre fallet eller mer dragning åt det mindre grova fallet, också landar man i det. Men det är en bedömning man gör. Det var väl mest det jag ville säga. Det är inte att det ena är rätt och det andra är fel, utan det här är en bedömning som man måste göra i gränsfallen. För man har inte ett givet svar på den frågan.//

Uppfattningen att det alltid är något som skiljer ett mål från ett annat har även uttrycks av andra intervjupersoner. Däribland IP18 som i det tidigare återgivna citatet beskriver att ”det nästan inte [finns] ett enda mål hur enkelt det än är som är exakt likadant. Så det finns alltid utrymme för att tycka att det målet jag har framför mig inte är likartat med det som HFD har dömt […]”. Även under intervjun med IP7 uttrycks uppfattningen att det alltid är något som skiljer ett mål från ett annat:

> //[ML]: Beroende på vilka situationer som kan uppstå i rättstillämpningen som domare. Kan det röra sig om konflikter som vi har varit inne på eller är det ett vakuum där man måste göra en bedömning?

[IP7]: Alla mål är i någon mån unika på det sättet att det kan finnas olika invändningar. Om man till exempel ansvarar för något brott eller hur något avtal har ingåtts eller inte och så där. Då är det klart att det i någon mån blir man själv ändå på något sätt som, äsch, jag vet inte riktigt. Jag ska försöka komma på något exempel.

Jag menar om man har en person som har begått ett antal brott och man ska bestämma ett straffvärde för de brotten tillsammans. Då kan man inte hitta ett rättsfall där någon annan har begått precis likadana brott. Då är det en fråga om en sammanvägning av olika källor och man får hitta sin bedömning i vad man tycker blir rimligt, mot bakgrund av den kunskap jag har inhämtat.

Vi var inne på det lite förut. Om man känner sig fri i förhållande till olika källor och så där. Jag menar på det sättet är man fri i någon mån i sin bedömning. Att man ändå ska göra en bedömning i det enskilda fallet och det aldrig är likt något annat.//

IP11 är också inne på att omständigheterna mellan mål skiljer sig åt och att varje mål är sitt eget. Av den anledningen beskriver IP11 att hen i svårare mål med fler omständigheter aldrig har fullständig vägledning av rättskällorna och därmed alltid ”måste göra en egen tolkning”:

//[ML]: Så om det var en praktisk möjlighet, då skulle du vilja ha fullständig vägledning?

[IP11]: Jag skulle säga att jag aldrig har fullständig vägledning riktigt, eftersom varje mål är sitt eget. Det jag gör är att titta på omständigheterna i det målet och ser vad jag kan hitta för likheter med tidigare avgöranden, och för all del förarbeten, för att se hur det kan passa in i det systemet.

I de lite svårare målen, med lite fler omständigheter och som till exempel inte är ett erkänt ringa narkotikabrott, måste jag alltid göra en egen tolkning. Men det är klart, vi har de här ringa narkotika[brott], brott mot knivlagen och ringa stölder som är mer tabellmässiga. Där är det erkänt. Då vet man att det blir 50 dagsböter eller vad det nu kan vara.//

Av citaten från IP9, IP18, IP7 och IP11 framkommer uppfattningen att det alltid är någon omständighet som skiljer ett mål från ett annat. Alla mål som underrättsdomaren ska döma i framställs således som på något sätt unika. Mot bakgrund av detta blir det också lättare att förstå att underrättsdomaren ibland kan ställas inför rättsfrågor som det inte går att finna vägledning i eller svar på i rättskällorna och att underrättsdomaren då, som IP3 uttrycker det, ”på sätt och vis får skapa rätt” för att kunna besvara frågan.

Ett par av intervjupersonerna har även framställt det som en omöjlighet att det överhuvudtaget skulle gå att skapa en rättsordning som på ett heltäckande sätt omfattade alla situationer som kan uppstå i verkligheten:

//[ML]: Om jag tolkar dig rätt, och om det var en praktisk möjlighet, skulle du då vilja att det alltid fanns fullständig vägledning i rättskällorna?

[IP6]: Ja det vore väl bra, men det är inte rimligt att tro att det ska vara så. Verkligheten består av alldeles för många situationer. Det går inte att täcka det i lagstiftningen eller ens i praxis eller doktrin. Det kommer alltid komma fram lite nya grejer som man inte har tänkt på.//

//[ML]: Om det var praktiskt möjligt, skulle du då vilja att det fanns så pass fullständig vägledning i rättskällorna att de här gränsfallen inte uppstod?

[IP9]: Det är inte praktiskt möjligt. Du kan inte skapa den typen av heltäckande system där varje liten minimal omständighet finns med. Det du ponerar i den hypotetiska situationen är att du alltid i alla lägen skulle kunna ha exakt samma omständigheter prövade i någon rättsprocess av en domstol ned i minsta detalj, och det kommer du aldrig ha. Det finns aldrig något som är något annat exakt likt, så den hypotetiska frågan blir inte möjlig i verkligheten.//

Den tredje faktorn som utgör en förklaring till varför underrättsdomaren ibland måste ägna sig åt rättsskapande i enskilda fall är att det för underrättsdomaren föreligger ett beslutstvång. En underrättsdomare kan inte skilja ett mål ifrån sig bara för att det i målet har uppkommit en rättsfråga som inte kan besvaras mot bakgrund av befintliga rättskällor, utan är skyldig att fatta beslut i målet.[524] Underrättsdomaren måste döma i målet och är således själv, eller tillsammans med de övriga domare som rätten i det aktuella målet består av, tvungen att bestämma sig för ett svar och i förekommande fall således skapa rätt:

//[ML]: Skulle du säga att det finns ett utrymme eller en frihet att själv fylla ut rätten som tingsrättsdomare?

[IP11]: I den typen av fall gör det ju det, men där hoppas man oftast att det ska överklagas och prövas i vart fall av hovrätten men allra helst av HD. Om min bedömning är att här finns inget svar, då vill jag att det ska prövas av högre instans så att vi får ett svar. Men till dess att vi har det, ja absolut. Vi måste ju döma. Vi kan inte bara säga nej det går inte.//

[524] Se t.ex. Strömholm, Lyles och Valguarnera, 2020, s. 442–443; Sundberg, 1990, s. 146–147; Strömholm, 1976, s. 171.

//[*På fråga om hur underrättsdomaren ska gå till väga när rättskällorna inte ger vägledning svarar IP14*:]

[IP14]: Min uppfattning är den, eller det är inte bara min uppfattning, det är så. Man kan inte säga nej, det här är för svårt eller det här vet vi inte, för vi måste döma. Har vi ett fall eller ett mål måste vi döma.//

Här bör dock den så kallade ”hissen” nämnas.[525] Det vill säga en tingsrätts möjlighet att i ett dispositivt tvistemål, efter parternas samtycke, hänskjuta en prejudikatfråga till Högsta domstolen.[526] Denna möjlighet är dock inte något som förefaller nyttjas särskilt ofta och har endast nämnts av en intervjuperson, IP16, som uppgett att det inte finns tid till att använda sig av denna möjlighet:[527]

//[IP16]: Vi kan bara tillämpa det som finns för dagen och det kommer alltid vara situationer när det inte kanske finns ett tydligt stöd. Och då är vi helt beroende av att parterna klagar [från] ömse håll.

[ML]: Så det finns inget utrymme då för tingsrättsdomaren att påbörja utvecklingen om man säger så?

[IP16]: Vi använder inte hissen till HD, om det är den du efterlyser. Det gjorde vi vid något enstaka tillfälle i hovrätten, men det är inte ofta. Det används inte frekvent och inte mot EU heller. Förhandsavgöranden. Det görs inte egentligen. Det har vi inte tid med. Med våra omloppstider och våra mål. Det ges inte utrymme till det. När det inte klagas på är det synd. Då stannar det hos oss.//

Mot bakgrund av dessa tre samverkande faktorer framstår föreställningen av det rättsskapande som en underrättsdomare kan behöva ägna sig åt som ofrånkomlig. Föreställningen följer inte nödvändigtvis av en viss agenda eller ett motiv hos underrättsdomare att vilja skapa rätt, utan föreställningen speglar snarare en funktion som en underrättsdomare kan känna sig intvingad i. Utifrån intervjudata förefaller det dessutom som att underrättsdomare kan ha olika inställningar till den rättsskapande funktionen.

I det tidigare citatet från IP11 uttrycks till exempel att hen i situationer när det inte finns något svar i befintliga rättskällor vill att det mål som hen har dömt i ska överklagas, så att högre instans kan komma med ett svar. Det framstår härmed som att IP11 helst vill kunna finna svar på de rättsfrågor hen ställs inför

[525] Se Ekelöf och Edelstam, 2008, s. 150.

[526] Se 56 kap. 13–15 §§ RB.

[527] Se Ekelöf och Edelstam, 2008, s. 151.

i befintliga rättskällor och således att hen helst inte vill hamna i positionen av att behöva ägna sig åt rättsskapande.

En annan intervjuperson som tycks ha en liknande inställning till den rättsskapande funktionen som IP11 är IP2. IP2 uttrycker att hen bara blir ”glad och tacksam” om det finns vägledning i rättskällorna som hen kan använda sig av, vilket kan förstås som att IP2 helst inte vill ägna sig åt ett rättsskapande. Det är dock enligt IP2 sällan som hen hittar vägledning för det konkreta fall som hen har framför sig. IP2 beskriver därför att hen oftast måste ”tänka utanför rättskällorna också”:

> //[ML]: Innan du har hamnat där har du troligtvis kollat på en del rättskällor, vilka rättskällor ska du som domare beakta?
>
> [IP2]: Jag ska beakta lagstiftning och andra skrivna författningar. Det kan man väl säga att det är min skyldighet att inte låta bli att beakta lag eller förordning eller föreskrifter eller vad som är bindande normer enligt regeringsformen. Det ska jag göra. Sedan tror jag att skallet slutar där, skulle jag väl tycka.
>
> Sedan finns det förarbetsuttalanden och de använder jag, men ingen kan tvinga mig att följa dem. Jag kan frångå dem om jag tycker att det är väldigt korkat eller om man inte har tänkt sig för och så där. Jag kan tycka att lagstiftningen är jättekorkad men det är inget skäl för mig att frångå lagstiftningen, eftersom det är lagstiftning. Om inte jag respekterar den är jag inte inom juridiken längre tycker jag. Däremot är förarbeten ingenting alls som jag måste. Man kan säga kloka saker där som kan hjälpa mig i dömandet, men det blir inte bindande bara för att det står där.
>
> Det är lite likadant med rättsfall tycker jag. Från högsta instans. De vägleder rättstillämpningen, men vi har ingen absolut prejudikatbundenhet. Så om jag inte blir övertygad av HFD:s resonemang behöver jag inte följa det heller. Men jag bör, och ett väldigt starkt bör, tala om varför i domen och inte bara ignorera det om jag inte följer HFD eller förarbetena.
>
> Sedan är det också att frågan för mig sällan är vad jag ska och måste beakta, utan frågan för mig är om det finns någon vägledning som jag kan använda. För då blir jag bara glad och tacksam. Det är inte så att jag vill gå ifrån i regel, utan man letar efter vägledning. Det är så man oftast jobbar.
>
> [ML]: Hittar du alltid vägledning?
>
> [IP2]: Nej. Jag hittar sällan vägledning i just det konkreta fallet jag har skulle jag säga. Oftast måste jag tänka utanför rättskällorna också.//

Ett par av intervjupersonerna har dock gett uttryck för vad jag tolkar som en uppskattning inför den rättsskapande funktionen. IP12 uttrycker exempelvis att det är ”lite charmen med jobbet”:

//[ML]: Finns det alltid tillräcklig vägledning i rättskällorna?

[IP12]: Nej, det finns det inte. Det är många frågor som vi inte har besvarade som hade underlättat vår vardag om man så säger. Samtidigt är det lite charmen med jobbet att vara domare. Att man inte heller har svaren på alla frågorna, utan att man får fundera lite och tänka lite själv. Vad tycker jag är den rätta vägen?//

IP15 ger uttryck för en liknande hållning när hen uttrycker att det är de nya frågorna som gör yrket roligt:

//[ML]: Finns det alltid tillräcklig vägledning i rättskällorna?

[IP15]: Nej, det tycker jag inte. Det är inte så att alla svaren finns där. Jag har ändå jobbat i domstol i över 20 år och det kommer alltid nya små frågeställningar. Det är en sak som gör yrket väldigt roligt. Det är utmanande och stimulerande.//

Underrättsdomare verkar således kunna ha olika inställningar eller attityder till den rättsskapande funktionen. Att det finns underrättsdomare som har en mer positiv inställning eller attityd till denna funktion behöver dock inte betyda att dessa underrättsdomare aktivt går in för att skapa ett utrymme för rättsskapande i ett enskilt mål. Det bör dessutom finnas förhållandevis begränsade möjligheter för underrättsdomarna att åstadkomma ett sådant utrymme, eftersom det finns vissa faktorer som påverkar och begränsar underrättsdomarnas möjlighet till rättsskapande. I den insamlade intervjudatan har intervjupersonerna gett uttryck för några faktorer av det slaget, vilka kommer att redogöras för och analyseras i följande avsnitt.

6.2.2 Kompletterande rättsskapande

Genom att underrättsdomaren i vissa situationer kan behöva ägna sig åt rättsskapande i enskilda fall kan underrättsdomaren förstås som en kompletterande rättsbildande aktör vid sidan av andra rättsbildande aktörer, som till exempel lagstiftaren eller de högsta domstolsinstanserna vars avgöranden har prejudicerande verkan.[528] Att underrättsdomaren genom den rättsskapande funktionen kan förstås som en kompletterande rättsbildande aktör betyder dock inte att underrättsdomaren har en fullständig frihet i sitt rättsskapande, att underrättsdomaren utför rättsskapandet med fullkomligt godtycke eller att

[528] Jfr McIntyre, 2019, s. 65, där det uttrycks att domstolars rättsbildning måste ses som kompletterande, och inte som konkurrerande, med lagstiftarens rättsbildning.

underrättsdomarens rättsskapande är av samma slag som andra rättsbildande aktörer ägnar sig åt.[529]

I intervjudatan har en del av intervjupersonerna gett uttryck för vissa faktorer som påverkar och begränsar underrättsdomarens rättsskapande på olika sätt.[530] Dessa faktorer belyser även vad som karaktäriserar eller utmärker föreställningen om underrättsdomarens rättsskapande och informerar om hur den skiljer sig åt från det rättsskapande som bland annat den nationella lagstiftaren, eller de prejudikatbildande högsta domstolsinstanserna, ägnar sig åt.

En begränsande och karaktäriserande faktor för underrättsdomarens rättsskapande funktion, som har kommit till uttryck i intervjudatan, är att underrättsdomarens rättsskapande framför allt bör utgöra ett rättsskapande inom ramen för det enskilda mål som underrättsdomare har att döma i. Underrättsdomarens rättsskapande torde i de flesta fall syfta till att komma fram till ett avgörande i det enskilda målet och således inte direkt syfta till att skapa rättsliga normer med generell verkan. Detta följer av att underrätternas domar inte har någon prejudicerande effekt i den meningen att andra domstolar eller domare generellt bör följa dem.

Att underrättsdomarens rättsskapande funktion främst rör sig om ett rättsskapande i enskilda fall har inte explicit uttryckts eller utvecklats av någon intervjuperson, men uttrycks indirekt av flera av de intervjupersoner som tidigare citerats under rubriken ”rättsskapande i rättstillämpningen”. IP18 uttrycker till exempel att ”[…] jag tror att de flesta av oss av legala skäl inte sitter och skapar rätt för att vi tycker att det är rätt eller för att vi ska skapa prejudikat, utan vi dömer för att det ska bli rätt i det enskilda fallet.”

Även det som framförts tidigare om att underrättsdomarens rättsskapande bland annat kan förstås mot bakgrund av att sakförhållandena mellan olika mål många gånger eller, som uttrycks av ett par intervjupersoner, alltid skiljer sig åt talar för att underrättsdomarens rättsskapande framför allt utgör ett

[529] Se Kavanagh, 2019, s. 232 med hänvisningar.

[530] De begränsande och karaktäriserande faktorer som redogörs för här är enbart baserade på insamlade intervjudata och ska således inte betraktas som uttömmande. Det kan förutsättas att det finns fler faktorer som kan begränsa och karaktärisera föreställningen om underrättsdomarens rättsskapande funktion än de som redogörs för här. Ett exempel på en begränsande faktor som inte har berörts under intervjuerna är att underrättsdomaren själv inte kan initiera ett mål för att tillskapa sig ett forum för rättsskapande. Denna begränsning följer av att det krävs att en part initierar ett mål i antingen tingsrätt eller förvaltningsrätt för att ett mål ska inledas och att en domare inte får handlägga ett mål som domaren själv är part i. Se 4 kap. 13 § 1 p., 42 kap. 1 §, 20 kap. 1 § RB och 3 § samt 41 § FPL. Det finns dock en möjlighet för rätten att ta upp fråga om ansvar för rättegångsförseelser i brottmål utan att stämning har väckts, se 20 kap. 1 § andra meningen RB.

rättsskapande inom ramen för ett enskilt mål. Det faktum att rättsskapandet sker mot bakgrund av de särskilda sakförhållandena i ett mål torde medföra att den norm som rättsskapandet lett fram till framför allt är tillämpbar i målet i fråga och inte nödvändigtvis i andra mål med andra sakförhållanden.

Trots att underrättsdomarens rättsskapande framför allt utgör ett rättsskapande inom ramen för ett enskilt mål och att underrätternas domar inte har någon direkt prejudicerande verkan, är det dock tänkbart att de kan fungera som ett stöd eller en inspiration för andra domare som står inför att avgöra ett mål med liknande sakomständigheter. En intervjuperson som berör detta är IP1 som bland annat uttrycker att avgöranden från andra tingsrätter kan vara ett stöd i ”den praktiska hanteringen”, men att de inte utgör en rättskälla som hen själv skulle hänvisa till som ett stöd för sin egen rättstillämpning:[531]

> //[ML]: I den här tillämpningssituationen, när det kanske utifrån lagtexten inte är helt självklart, hur använder du kompletterande källor? Hur väger du dem?
>
> [IP1]: Så som jag jobbar ska förarbetsuttalanden lämna kommentar om vad som är tänkt. Då är det både naturligtvis själva författningskommentaren, specialkommentaren och de allmänna motiveringarna som är intressanta att titta på. Men naturligtvis även praxis och om man tittar på Högsta domstolens roll så är den mycket mer utav regelutfyllnad. Den är regelutfyllnad genom rättstillämpning. Så där kan det finnas mer att hämta än det gör ifall man tittar lite mer åt sidan. En annan tingsrätt som har prövat en liknande situation. Då är det naturligtvis ett uttryck för att så här skulle man kunna tillämpa en liknande situation. Det kan förstås vara ett stöd i den praktiska hanteringen. Men det är ingen rättskälla som man skulle kunna använda. Jag skulle inte själv referera till exempelvis en tingsrättsprövning och på det sättet visa att det finns stöd för den tillämpning jag själv har valt.//

Även om underrättsdomarens rättsskapande funktion således inte har samma prejudicerande verkan som de högre domstolsinstansernas, och särskilt de högsta domstolsinstansernas, skulle rättsskapandet emellertid kunna leda till en rättsutveckling genom praxis om målet överklagas och kommer inför de högre domstolsinstansernas prövning. Detta kommer att behandlas vidare under Kreatörens tredje undertema, ”rättsskapande och rättsutveckling för att initiera prejudikatbildning”.

En annan begränsande faktor som också karaktäriserar underrättsdomarens rättsskapande, och skiljer den från den nationella lagstiftarens rättsbildning, är att underrättsdomaren inte kan välja vilka rättsfrågor som hen vill besvara inom ramen för ett mål. Underrättsdomaren är bunden till att besvara de rättsfrågor

[531] Se även intervjucitatet från IP9 under Väktarens tredje undertema i avsnitt 5.4.

som har betydelse för utgången i målet. Dessa rättsfrågor är sedermera beroende av de sakförhållanden som är aktuella i målet. Härmed är det inte möjligt för underrättsdomaren att generera egna rättsfrågor, som inte följer av sakförhållandena, och därigenom åstadkomma ett forum för rättsskapande i ett mål.

Att underrättsdomaren inte själv kan välja vilka frågor som hen ska bedöma inom ramen för ett mål har kommit upp under intervjun med IP19:

> //[ML]: Vart skulle du säga att gränsen går?
>
> [IP19]: Jag vet inte. Men ibland tycker jag man kan se tingsrättsdomar som är väldigt vidlyftiga och för långa resonemang om hur saker ska tolkas hit och dit, som att de tror att de är Högsta domstolen litegrann. Det tycker inte jag är tingsrättens uppgift. Att liksom fylla ut något tomrum. Jag tycker inte det. Men det är klart, man måste svara på de frågor man får också i målen. Det går inte att välja vad man ska bedöma. Utan det är det som parterna serverar en.//

Underrättsdomarens bundenhet till de rättsfrågor som följer av sakförhållandena i ett mål är inget som IP19 direkt tar upp som en begränsande faktor för underrättsdomarens rättsskapande funktion. IP19 ger i citatet dock uttryck för att underrättsdomaren måste besvara de frågor som uppstår i de mål som underrättsdomaren ska avgöra och att dessa frågor är beroende av de sakförhållanden som parterna i målen för fram.

Även om underrättsdomaren är bunden till de rättsfrågor som följer av sakförhållandena har det i ett par dataenheter kommit till uttryck att det ändå kan finnas en viss möjlighet för underrättsdomaren, att genom tolkning av sakförhållandena, åstadkomma ett begränsat utrymme för rättsskapande. I ett datasegment från IP2, som citerats tidigare i undertemat, uttrycks exempelvis att det alltid går ”att abstrahera mina omständigheter i mitt mål och när jag gör det har jag ett visst utrymme för skönsmässiga bedömningar […]”.

En annan intervjuperson som har gett uttryck för något liknande är IP15:

> //[*På fråga om vad intervjupersonen gör om hen inte håller med om gällande rätt utifrån rättspraxis svarar IP15*:]
>
> [IP15]: Om det är HFD:s praxis sitter jag rätt fast i den. Kammarrättspraxis, där gör jag det inte på samma sätt. Men om det är HFD:s praxis som jag inte gillar, ja då letar jag naturligtvis efter om mitt fall är lite annorlunda så att man kan tolka det här avgörandet på ett annat sätt i den situationen. Men det förutsätter att jag ser att det går att göra en sådan tolkning.//

Jag tolkar citaten från IP2 och IP15 som att underrättsdomaren kan skapa ett visst utrymme för rättsskapande, genom att tolka sakförhållandena i ett mål på ett sätt som gör att de rättskällor som finns inte ger ett direkt svar på de rättsfrågor som följer utifrån gjord tolkning. Det bör dock påpekas att enbart förhållandet att det kan finnas en sådan möjlighet inte behöver innebära att underrättsdomare använder den.

Att underrättsdomarens rättsskapande ändå ytterst förefaller begränsas av sakförhållandena och rättsfrågorna i det enskilda målet innebär att det finns en betydande skillnad mellan det rättsskapande som underrättsdomaren stundom kan ägna sig åt och det rättsskapande som den nationella lagstiftaren utför. Till skillnad från underrättsdomaren, eller andra domare för den delen, kan lagstiftaren själv ta initiativ till skapande av rätt och är i sin rättsbildning inte beroende av konkreta sakförhållanden i ett enskilt mål. Föreställningen om underrättsdomarens rättsskapande begränsas och karaktäriseras således av att rättsskapandet sker inom ramen för den rättskipande verksamheten, vars karaktär och förfarande regleras genom bestämmelser i grundlag och lagstiftning. [532]

Ett annat exempel på en begränsande faktor för underrättsdomarens rättsskapande som följer av att rättsskapandet sker inom ramen för den rättskipande verksamheten är att underrättsdomaren måste förhålla sig till objektivitetsprincipen, vilken innefattar krav på saklighet, opartiskhet och likabehandling.[533] En av intervjupersonerna, IP3, ger utifrån min tolkning uttryck för att objektivitetsprincipen utgör en begränsande faktor och något som en underrättsdomare måste försöka tillgodose i situationer när lagstiftningen lämnar utrymme för underrättsdomarens egen bedömning, även om det enligt IP3 är svårt att konkretisera vad som avses med det:

> //[ML]: Hur ska man gå till väga om en lagstiftning till exempel lämnar utrymme för din bedömning?
>
> [IP3]: Försöka ha ett objektivt synsätt, vad som nu menas med objektivt. Men det är att försöka ha det ändå. Och att grunda det man kommer fram till på sakliga skäl, vad som nu menas med det. Det blir nästan lite floskler kände jag nu det jag säger, men jag kan inte säga något bättre.//

Till skillnad från underrättsdomaren är den nationella lagstiftaren inte bunden av objektivitetsprincipen i sin rättsbildning.[534] Det torde snarare utgöra ett

[532] Jfr Cappelleti, 1989, s. 31.

[533] 1 kap. 9 § RF.

[534] 1 kap. 9 § RF riktar sig enbart till domstolar, förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter.

karaktäristiskt drag för den nationella lagstiftarens rättsbildning att den kan ge uttryck för en viss politisk inriktning och därmed exempelvis gynna en viss grupp i samhället.

De begränsande faktorer som följer av att underrättsdomarens rättsskapande sker inom ramen för den rättskipande verksamheten kan kategoriseras som processuella eller formella begränsningar, eftersom de följer av de processuella eller formella regler som reglerar den rättskipande verksamheten som sådan. Utöver de processuella eller formella begränsningarna kan det antas att underrättsdomarens rättsskapande även begränsas av vad som här kommer kategoriseras som materiella begränsningar. Med materiella begränsningar avses de begränsningar som följer av den materiella rätten som den kan förstås mot bakgrund av befintliga rättskällor.[535]

Även om det inom ramen för ett mål har uppstått ett behov av rättsskapande från underrättsdomarens sida, exempelvis när befintliga rättskällor inte lämnar tillräcklig vägledning, kan det antas att de befintliga rättskällorna konstituerar en viss rättslig ram som underrättsdomaren kan uppleva ett behov att förhålla sig till i sitt rättsskapande. IP7 uttrycker till exempel att hen som underrättsdomare måste förhålla sig till de regler och principer som finns och sådant som är uttalat eller fastslaget:

> //[ML]: Hur skulle du beskriva gränsen för den friheten? Vad eller hur får man inte göra?
>
> [IP7]: Det var en intressant fråga. Jag tycker nog att det finns ganska många saker som man inte får göra. Om vi stannar kvar i det där med straffvärden till exempel, så måste jag förhålla mig till hur olika brott har bedömts straffvärdemässigt i praxis, hur man ser på det och sedan principerna för hur man väger samman straffvärdet.
>
> När det gäller bevisvärdering finns det till exempel regler om vem som har bevisbördan för olika saker i tvistemål och så där. Man kan inte frångå sådant som, så att säga, är uttalat. Det är min uppfattning i alla fall. Det är inte riktigt min uppgift som tingsrättsdomare att gå ifrån fastlagda principer tycker jag. Det blir väldigt svårt för mig att motivera varför jag ska göra tvärtom som det är sagt. Det tycker inte jag är korrekt tillämpning.

[535] Denna kategorisering är inspirerad av indelningen mellan processuella och materiella begränsningar i domarens rättsskapande gjord av Cappelletti, se Cappelletti, 1989, s. 6 f. Kategoriseringen torde dock inte vara så hårt dragen som den framstår här. Det är tänkbart att de materiella begränsningarna ibland också kan påverkas av de processuella eller formella begränsningarna. Till exempel torde legalitetsprincipen som framgår av 1 kap. 1 § 3 st. RF, och som utifrån kategoriseringen utgör en processuell eller formell begränsning, kunna ha en påverkan på underrättsdomarens materiella begränsning eftersom den bl.a. förutsätter en viss restriktivitet i tolkningen av lag, jfr Sterzel, 2020, s. 80.

> Det är klart att man måste förhålla sig till de regler som finns och de principer som finns och är fastlagda på olika sätt. Som tingsrättsdomare är det ändå min uppgift att i någon mån tolka och följa det som är fastlagt, i den mån det finns.//

I sammanhanget kan det dock nämnas att olika underrättsdomare, utifrån den insamlade intervjudatan, förefaller kunna uppleva sig mer eller mindre bundna till olika rättskällor. Det vill säga, för att använda IP7:s terminologi, att det kan variera mellan underrättsdomare vad de uppfattar som ”fastlagda” regler och principer. Exempelvis har IP2 i ett tidigare citerat datasegment i undertemat uttryckt att hen kan frångå förarbeten och att hen inte är bunden till att följa vad som däri uttalats, vilket kan jämföras med de datasegment som har citerats under Ämbetsmannens andra undertema *lagtolkning genom lagstiftarens intentioner*.[536]

En underrättsdomares upplevelse av materiella begränsningar förefaller utifrån intervjudatan även kunna vara beroende av inom vilket rättsområde eller vilken måltyp rättsskapandet sker. IP3 uttrycker till exempel att underrättsdomarens utrymme för rättsskapande är begränsat mot bakgrund av att det mesta som underrättsdomaren dömer i är väldigt reglerat, men att det kan variera mellan olika rättsområden:

> //[ML]: Uppfattar du att det finns ett utrymme vid utförandet av rättstillämpningen att själv fylla ut rätten som domare?
>
> [IP3]: Ja, det gör det. Absolut. Det skulle vara helt otänkbart att ha ett rättssystem där det fanns svar på allting. Det är väl en självklarhet egentligen att ibland så måste man fylla ut. Men sedan är det trots allt otroligt reglerat det mesta vi håller på med. Så det är inte väldigt mycket utrymme man har. Men det är nog olika på olika rättsområden också det där.//

Två andra intervjupersoner, IP11 och IP12, har uttryckt att utrymmet för rättsskapandet är beroende av inom vilken måltyp rättsskapandet sker:

> //[ML]: Skiljer sig storleken på det utrymmet mellan olika typer av mål?
>
> [IP11]: Ja, det tycker jag. Alltså de här exemplen som jag tog tidigare där det inte fanns något svar någonstans. Det har bara hänt ett par tre gånger sedan jag började, så det är sällsynt. Men det händer. Där är utrymmet större än i exempelvis ett brottmål med de här tabellerna som finns, med säg innehav av narkotika i de lägre. Så ja, det skiljer sig.//
>
> //[IP12]: Om jag inte har speciellt mycket vägledning, varken från förarbeten eller praxis, måste jag ändå kunna komma till ett slut. Då måste jag på något sätt fylla

[536] Se avsnitt 4.3.

> det med ett innehåll för att komma dit. Och där tänker jag också att det är skillnad på vad det är för måltyp. Om det är någonting som är betungande för den enskilde är mitt utrymme att fylla ut med betungande saker kanske mindre, så där bör lagstiftningen vara tydlig. Jämfört med om det är en förmån och vilka förutsättningar som ska gälla för den förmånen i sådana fall.//

Underrättsdomaren har fler materiella begränsningar att förhålla sig till i sitt rättsskapande jämfört med den nationella lagstiftaren. Även om de rättskällor som är aktuella i ett enskilt mål ger ett visst utrymme för underrättsdomaren att ägna sig åt rättsskapande, så innebär de befintliga rättskällorna en större eller mindre begränsning av vad underrättsdomaren kan göra inom ramen för sitt rättsskapande. Den nationella lagstiftarens rättsbildning begränsas däremot enbart av den materiella rätt som följer av, i förhållande till lagstiftning, överordnade konstitutionella rättskällor.[537]

6.3 Rättsutveckling genom rättstillämpning

Det andra undertemat i konstruktionen av Kreatören har skapats av ett antal dataenheter där intervjupersonerna på olika sätt har gett uttryck för att underrättsdomaren inom ramen för sin rättstillämpning kan, eller i vissa situationer skulle kunna ha, en rättsutvecklande funktion. Med en rättsutvecklande funktion avses här att underrättsdomaren med hänsyn till samhällsutvecklingen antingen avviker från gällande rätt eller tolkar och tillämpar rätten i ett konkret fall på ett sätt som enligt underrättsdomaren är mer anpassat efter rådande förhållande i samhället, jämfört med hur rätten har tolkats och tillämpats tidigare.

Den intervjuperson som tydligast har gett uttryck för att underrättsdomaren kan ha en rättsutvecklande funktion i den mening som avses här är IP10. På fråga om hur tingsrättsdomarens roll ser ut när det kommer till att i rättstillämpningen ta hänsyn till samhällets förändringar har IP10 svarat att:

> //[IP10]: Ja, det kan man göra och det händer då och då.//

IP10 har även under intervjun gett ett exempel på ett område där den tingsrätt som IP10 är verksam vid tog initiativ till en rättsutveckling, som enligt IP10 sedermera fastslogs av Högsta domstolen. I beskrivningen av detta exempel uppger IP10 att tingsrätten började döma mot rådande praxis från Högsta

[537] Se Cappelletti, 1989, s. 7–8. Jfr även Kavanagh, 2019, s. 232 med hänvisningar.

domstolen med motiveringen att ”det kanske inte är realistiskt att upprätthålla en sådan sträng linje med tanke på hur det ser ut ute i verkligheten”.[538]

En annan intervjuperson som har gett uttryck för att underrättsdomaren kan ha en rättsutvecklande funktion är IP4:

> //[IP4]: Det är ändå viktigt tror jag, och det görs väl så gott det går, att man försöker få upp olika företeelser i och med att samhället utvecklas. Man försöker få upp olika nya företeelser i Högsta domstolen. För att få det prövat huruvida en förseelse eller ett brott mot någonting sådant här också står i överensstämmelse med vad lagstiftaren har tänkt sig. Det kan ändå hända att Högsta domstolen säger att numera kanske inte det här är reglerat och så vidare, och så kanske det föranleder regering eller riksdag att ta upp frågan för att reglera någonting som kanske måste regleras.//

IP4 uttrycker i citatet att hen som underrättsdomare ibland försöker få upp nya företeelser till Högsta domstolen i takt med att samhället utvecklas, vilket talar för att IP4 har en uppfattning om att rätten bör anpassas och utvecklas allt eftersom samhället förändras och att domstolarna som kollektiv har en roll att spela i utvecklingen av rätten. Citatet antyder även att IP4 ser det som en del av sin roll som underrättsdomare att identifiera och belysa vissa företeelser som kan ha betydelse för rättsutvecklingen, i syfte att dessa företeelser i sin tur ska prövas av Högsta domstolen.

Ett par andra intervjupersoner har jämfört med IP10 och IP4 uttryckt sig mer återhållsamt i sin uppfattning om huruvida det ligger inom ramen för underrättsdomarens roll att ta hänsyn till samhällsutvecklingen i rättstillämpningen och att utveckla rätten mot bakgrund av en sådan utveckling. Både IP11 och IP19 ger uttryck för att tingsrättsdomaren inte har samma roll som ett justitieråd eller högre domstolsinstanser när det kommer till att utveckla rätten mot bakgrund av samhällsutvecklingen. IP19 betonar dessutom att hen verkligen inte tycker att det är tingsrättens uppgift att ”skapa och utveckla rättens materiella innehåll”.

Trots att IP11 och IP19 således inte ser det som en del av sin roll framför de dock att skulle kunna uppstå situationer då de inte skulle kunna upprätthålla tidigare praxis eller följa ”någonting jätteålderdomligt som fortfarande gäller”. Det skulle exempelvis kunna röra sig om situationer där det skulle vara stötande eller där det skulle leda till märkliga och orimliga konsekvenser:

[538] För att minska risken för identifikation av vilken tingsrätt som IP10 är verksam vid har jag valt att inte skriva ut hela citatet.

//[ML]: Du har också varit inne på det här med att samhället har förändrats. Jag kommer inte ihåg din exakta formulering. Du nämnde någonting om att det sker en förändring i samhället. Vad är tingsrättsdomarens roll att ta hänsyn till sådana förändringar vid rättstillämpning?

[IP11]: Tingsrättsdomarens roll är inte densamma som ett justitieråds roll där, men det kommer anser jag en punkt när man inte ens som tingsrättsdomare kan använda sig av gammal praxis för att den är obsolet. Jag kommer inte på något bra exempel nu, men till exempel med den digitalisering vi har haft kan man kanske inte resonera på samma sätt kring skriftliga avtal. Vi har en bestämmelse i RB som handlar om treskodom vid skriftliga fordringsbevis och där det pågår en diskussion om man ska kräva en egenhändig underskrift på den, för det har man alltid gjort tidigare, eller om det räcker med BankID och så vidare. Där kan väl jag tycka att det kanske inte är min sak att ändra det, utan det bör HD göra.

Men det kan finnas andra exempel där det skulle vara mera stötande. Jag kommer som sagt inte på något sådant exempel, men där det skulle vara stötande att upprätthålla tidigare fastlagd praxis. Tänker jag mig. Jag tänker kanske om det finns uttalanden om kvinnor eller homosexuella eller sådant som tidigare kan ha varit normalt, men som inte alls skulle vara normalt nu. Utan tvärtom stötande.//

//[ML]: Hur ser du på tingsrättsdomarens roll i att ta hänsyn till kanske förändringar i samhället när det kommer till rättstillämpningen?

[IP19]: Det är väl lite det jag menade från början, att jag inte tycker det är tingsrättsdomarens uppgift egentligen att utveckla rätten enligt samhällsutvecklingen. Utan det är de högre instanserna som ska göra det om det behövs. Men samtidigt finns det förstås gränser för det.

Jag vet inte vad jag skulle hitta på för exempel, men det skulle kunna vara helt orimliga saker. Konsekvenser. Det finns ju någon sorts rimlighetsgräns också att om någonting jätteålderdomligt fortfarande gäller, och det får helt märkliga eller orimliga konsekvenser, får man väl försöka komma runt det på något sätt. Då skulle jag kanske ändå göra det.

Men som huvudregel tycker jag verkligen inte att det är tingsrättens uppgift att skapa och utveckla rättens materiella innehåll eller vad man ska säga.//

En annan intervjuperson som inte heller ser det som sin roll att utveckla eller driva rätten framåt mot bakgrund av samhällsutvecklingen är IP20. Trots det uttrycker IP20 att en utveckling i samhället eller i samhällsdebatten kan påverka rättsutvecklingen och att den kan inledas genom att det börjar ”koka i underrätterna”:

//[ML]: Jag vet inte om du kan hålla med om det, men kan det bli svårt på grund av att omständigheterna i samhället ändras också? Vetenskapen kanske bidrar till någonting eller någon annan omständighet. Ett klassiskt exempel som tidigare har kommit upp är barnets bästa.

> [IP20]: Så är det och det kan man se i rättsutvecklingen. Alltså hur samhället ser på saker och ting. Hur allvarligt samhället tycker att någonting är. Hur samhällsdebatten går. Det påverkar rättsutvecklingen och där börjar det säkert koka i underrätterna, sedan hovrätterna och sedan till slut tar HD upp någonting. Visst är det så.
>
> [ML]: Hur ser du på tingsrättsdomarens roll i att driva rätten framåt?
>
> [IP20]: Ja men jag tycker att det är svårt. Jag tycker till exempel det är svårt att man ska prata om att det här är någonting som har blivit ett utbrett fenomen och därför ska man se allvarligare på det. Nej, jag tycker inte det är min roll.//

Citaten från IP10, IP4, IP11, IP19 och IP20 indikerar en föreställning om att underrättsdomare inom ramen för sin rättstillämpning kan, eller i vissa situationer skulle kunna, ta hänsyn till en utveckling som skett i samhället och till följd av det avvika från eller utveckla gällande rätt mot bakgrund av samhällsutvecklingen. IP11 och IP19 förefaller visserligen ha en mer restriktiv syn, men uttrycker båda att det skulle kunna uppstå situationer när de inte skulle kunna upprätthålla tidigare gällande rätt om det skulle leda till stötande, märkliga eller orimliga konsekvenser sett till samhällsutvecklingen.

Även IP20 är mer restriktiv i sin syn, men uttrycker också att samhällets utveckling påverkar rättsutvecklingen och att den utvecklingen säkert kan börja i underrätterna. Det framstår således som att IP20 uttrycker en medvetenhet om att underrätterna ibland kan ha en funktion av att initiera en rättsutveckling, även om IP20 inte vill tillskriva sig själv en sådan funktion.

Min sammantagna tolkning av dessa citat är att det kan finnas en föreställning om att underrättsdomaren inom ramen för sin rättstillämpande roll kan, eller i vissa situationer skulle kunna, fylla en rättsutvecklande funktion. Det förefaller dock utifrån citaten som att det kan skilja mellan underrättsdomare huruvida man vill tillskriva sig själv eller underrättsdomare i generell bemärkelse en sådan funktion.

För de underrättsdomare som inte ser sig själva eller underrättsdomare generellt som rättsutvecklare verkar tröskeln för att engagera sig i rättsutveckling vara högre, jämfört med de underrättsdomare som är mer bekväma med att tillskriva sig denna funktion. För IP11 och IP19 som uttrycker sig mer restriktivt verkar tröskeln vara högre, eftersom det skulle krävas att rättstillämpningen skulle leda till stötande, märkliga eller orimliga konsekvenser för att de inte skulle kunna upprätthålla tidigare praxis eller följa ”någonting jätteålderdomligt som fortfarande gäller”. Medan IP10 som verkar ha ett mer accepterande eller avslappnat förhållningssätt till att som underrättsdomare utöva en

rättsutvecklande funktion, rimligtvis även har en lägre tröskel till att själv engagera sig i rättsutveckling.

Ett mer accepterande förhållningssätt hos en underrättsdomare inför att engagera sig i rättsutveckling skulle möjligtvis kunna följa av att underrättsdomaren ser det som en funktion som följer av instansordningen. En intervjuperson, IP13, har till exempel uttryckt att högsta instans är beroende av att underrätterna ibland ”utvecklar vissa frågor lite”, för att högsta instans ska få upp några prejudikat:

> //[IP13]: HFD brukar uttrycka att de aldrig får upp några prejudikat om vi inte tar upp och utvecklar vissa frågor lite. Speciellt om vi tycker att någonting är intressant. Så jag kan väl bara säga att det är en växelverkan hela tiden. Det är vi som producerar de mål som förhoppningsvis går upp och blir prejudikat.
>
> Om vi känner att det här är en fråga som det nog är dags att man tittar närmare på nu eller kanske omprövar, då vill man gärna skriva en extra utförlig dom kring det och sedan hoppas på att det vandrar vägen uppåt och det blir ett prejudikat av det. Jag kan väl bara säga att HFD är beroende av oss för att få upp sina prejudikat.//

En uppfattning likt IP13:s om att högsta instans är beroende av att underrätterna ibland ”utvecklar vissa frågor lite”, borde rimligtvis innebära ett mer accepterande och avslappnat förhållningssätt inför att i rollen som underrättsdomare själv engagera sig i rättsutveckling.

I vissa fall torde det även kunna finnas ett uttalat mandat till rättstillämpningen att engagera sig i rättsutveckling mot bakgrund av samhällsutvecklingen uttryckt i förarbetena till lagstiftning, vilket borde göra det enklare för en underrättsdomare att acceptera eller tillskriva sig själv en rättsutvecklande funktion. IP17 tar till exempel upp rekvisitet ”skälig levnadsnivå” som ett exempel på ett rekvisit vars innehåll följer med samhällsutvecklingen och att förarbetena i det fallet ger uttryck för att det utgör ett rekvisit vars innehåll beror på tidpunkt:

> //[ML]: Om det inte har det då? Att det är sådana omständigheter att ni måste fundera på om det här ska rymmas inom ramen för det här.
>
> [IP17]: Ja, för jag menar att det var någonting som drev upp det till HFD. Det tar ett tag innan det kommer. Det var till exempel någon kammarrätt som först tog det där steget att nej, nu är dator okej. Då följde nog de allra flesta på och sedan kom det upp till HFD.
>
> Det var givetvis någon förvaltningsrätt som hade tagit det steget. Man såg när man letade på de där områdena att det var lite hit och dit. Att man tyckte olika. Det föds liksom.

> Där har du det här att det följer samhällsutvecklingen. Vad som är standard idag.
>
> [ML]: Tycker du att förvaltningsrätten ska driva rätten framåt på det viset?
>
> [IP17]: Ja men den här skäliga levnadsnivån, det är som ett sådant rekvisit. Det står inte att man har rätt till det, det och det, utan det är skälig levnadsnivå. Det är klart att den här skäliga levnadsnivån är olika från tid till annan. Det tycker jag nog också att förarbetena ger uttryck för. Att anledningarna till att man har använt det begreppet, är för att man ska kunna fylla det med olika saker vid olika tidpunkter. Därav blir det en plikt, eller det ligger i mitt uppdrag, att ta hänsyn till vad som är skälig levnadsnivå.//

Eftersom bedömningen om vad som utgör skälig levnadsnivå enligt förarbetena beror på tidpunkt uppfattar IP17 det som en del av sitt uppdrag att göra en sådan bedömning och således engagera sig i rättsutveckling.

Underrättsdomarens rättsutvecklande funktion som den beskrivits här ska skiljas från den rättsskapande funktionen som beskrivits i det första undertemat. Den rättsskapande funktionen utgör som tidigare redogjorts för en funktion som underrättsdomaren mer eller mindre tvingas in i till följd av att rättskällorna ibland inte tillhandahåller direkta eller tydliga svar på de rättsfrågor som underrättsdomaren måste besvara för att kunna döma och således skilja ett mål ifrån sig. Den rättsutvecklande funktionen utgör däremot snarare en funktion som underrättsdomaren kan välja att utföra i situationer då underrättsdomaren upplever att en tillämpning av gällande rätt, så som den framstår utifrån befintliga rättskällor, inte skulle leda till en rättstillämpning som är förenlig med nuvarande samhällsförhållanden. Medan den rättsskapande funktionen således kan anses följa av inomrättsliga förhållanden, följer den rättsutvecklande funktionen snarare av en kombination av inomrättsliga och utomrättsliga förhållanden.

De begränsande och karaktäriserande faktorerna för underrättsdomarens rättsutveckling bör i hög grad sammanfalla med de begränsande och karaktäriserande faktorerna för underrättsdomarens rättsskapande. Utifrån samma argument som förts i förhållande till underrättsdomarens rättsskapande torde till exempel underrättsdomarens eventuella rättsutveckling framför allt vara begränsad till det enskilda mål som underrättsdomaren har att döma i.

Likt som för rättsskapandet skulle dock underrättsdomarens rättsutveckling i ett enskilt mål även kunna leda till en rättsutveckling genom praxis, om målet överklagas och kommer inför högre domstolsinstansers prövning. IP4 och IP13 som citerats tidigare i avsnittet har även gett uttryck för uppfattningen att underrätterna har en rättsutvecklande funktion, eftersom det utgör en förutsättning för att de högre domstolsinstanserna ska få upp rättsfrågor som kan

leda till nya prejudikat och att deras rättsutveckling kan syfta till att initiera en rättsutveckling genom praxis.

Att ett par av intervjupersonerna har gett uttryck för att deras rättsutveckling har som syfte att initiera en rättsutveckling genom praxis behöver emellertid inte innebära att en underrättsdomares rättsutveckling alltid syftar till detta. Utifrån citaten från bland annat IP10, IP11 och IP19 förefaller underrättsdomare även kunna tänka sig att engagera sig i rättsutveckling för att det ska bli en realistisk, rimlig och ej stötande rättstillämpning i det enskilda fallet. Frågan om rättsutveckling i syfte att initiera en prejudikatbildning behandlas vidare under Kreatörens tredje undertema, ”rättsskapande och rättsutveckling som ett första steg till prejudikatbildning”.

Vad beträffar de materiella begränsningarna, vilket i denna avhandling avser de begränsningar som följer av den materiella rätten som den kan förstås mot bakgrund av befintliga rättskällor, bör det dock föreligga en viss skillnad mellan underrättsdomarens rättsskapande och rättsutvecklande verksamhet. Rättsutvecklingen förutsätter nämligen ett avvikande från eller en omtolkning av den materiella rätten som den tidigare har tillämpats eller tolkats, medan rättsskapandet snarare sker med hänsyn till befintlig eller i brist på materiell rätt. Det förefaller därmed som att en underrättsdomare som aktivt verkar för rättsutveckling i högre grad kan tendera att frångå eller omtolka materiella begränsningar, jämfört med en underrättsdomare som förhåller sig mer restriktiv till en rättsutvecklande funktion.

6.4 Rättsskapande och rättsutveckling som ett första steg mot prejudikatbildning

Det tredje undertemat i konstruktionen av Kreatören har skapats utifrån ett antal dataenheter som gett uttryck för en föreställning om att underrättsdomarens rättsskapande och rättsutveckling, inom ramen för enskilda mål, även kan utgöra ett första steg mot prejudikatbildning. De två första undertemana har främst illustrerat föreställningen att underrättsdomarens rättstillämpande roll kan innefatta en rättsbildande funktion inom ramen för det enskilda mål som domaren har att avgöra. I diskussionen till de första två undertemana har det dock även tagits upp att både en underrättsdomares rättsskapande och rättsutveckling skulle kunna initiera en mer generell rättsutveckling genom praxis, om målet överklagas och kommer inför högre domstolsinstansers prövning. Även om denna aspekt således har berörts under Kreatörens första två underteman anser jag att underrättsdomarens rättsskapande och rättsutveckling som ett första steg mot prejudikatbildning illustrerar en ytterligare dimension i

underrättsdomarens rättstillämpande roll. Denna dimension skiljer sig från det som varit det huvudsakliga fokuset i de två första undertemana, det vill säga rättsskapande och rättsutveckling inom ramen för enskilda mål, vilket motiverar att dimensionen lyfts fram i ett eget undertema.

Att det finns en föreställning om att underrättsdomarens rättsskapande och rättsutveckling även kan utgöra ett första steg mot prejudikatbildning uttrycks i den insamlade intervjudatan. Tydligast har det kommit till uttryck i två citat som refererats under det andra undertemat om ”rättsutveckling genom rättstillämpning” där IP4 och IP13 ger uttryck för att deras rättsutveckling kan syfta till att initiera en prejudikatbildning.

En liknande tendens tycker jag mig även se i citaten från IP18 och IP11 som har återgetts under det första undertemat ”rättsskapande för rättstillämpning”. IP18 ger till exempel uttryck för att rättsskapande kan vara det enda sättet att få upp ett mål till högre domstolsinstanser, medan IP11 ger uttryck för en förhoppning om att de mål där hen har haft ett utrymme för rättsskapande ska överklagas till högre domstolsinstanser. Både IP18 och IP11 uttrycker således en medvetenhet om att deras rättsskapande skulle kunna vara ett första steg mot prejudikatbildning.

Det bör noteras att citaten från IP4 och IP13 inte bara ger uttryck för en medvetenhet om att underrättsdomarens rättsutveckling i ett enskilt mål även kan utgöra ett första steg mot prejudikatbildning. Citaten ger som beskrivits även uttryck för att det kan finnas en intention hos underrättsdomaren att genom rättsutvecklingen initiera en prejudikatbildning i högre domstolsinstanser. IP13 uttrycker dessutom att högsta instans är beroende av att underrätterna ibland ”utvecklar vissa frågor lite”, för att de ska få upp några prejudikat. Detta talar för att IP13 uppfattar att underrätterna har en central roll att spela i domstolssystemet när det kommer till att leda väg för en framtida prejudikatbildning i högsta instans.

I ett annat citat ger IP13 även uttryck för uppfattningen att underrätterna oftare tar ställning i och utvecklar resonemangen i rättsfrågor som underrätterna tycker är spännande och som borde prövas i högre domstolsinstanser, jämfört med kammarrätterna:

> //[ML]: Om man ser till en kammarrättsdomare och hur man förhåller sig till rättskällorna där, är utrymmet eller friheten i förhållande till rättskällorna densamma?
>
> [IP13]: Ja, jag tror inte det är någon skillnad egentligen på hur man förhåller sig till rättskällorna i kammarrätt och här. Det skulle jag inte säga. Spontant. Men det är en personlig reflektion.

> Jag tycker nästan, när det gäller att utveckla resonemang och så där, att kammarrätterna oftare är lite mer återhållsamma än vi i underrätt. Vi i underrätt tror jag, jag ska inte säga sticker ut hakan, tar ställning i en fråga och tycker att det här är jättespännande och att det borde vandra upp. Sedan blir det kanske en lite mer ljummen skrivning i överinstans. Man är väl lite mer försiktig i kammarrätten. Men det är en helt personlig uppfattning.//

På ett likande tema som det som IP13 berör ger IP10 uttryck för att hovrätten är mer ”konservativa i sin dömande verksamhet”, jämfört med tingsrätterna:

> //[ML]: Men som tingsrättsdomare, gör man på något särskilt sätt för att signalera det här?
>
> [IP10]: Hittar du dem så skriver man väl att man måste ta hänsyn till att läget ser annorlunda ut idag än vad det gjorde då och att praxis inte stämmer riktigt överens med verkligheten längre, det allmänna rättsmedvetandet eller vad man nu hänvisar till. Det brukar man nog göra och då tror jag fortfarande att chansen är ganska hög att hovrätten kommer ändra det, för de är mer konservativa i sin dömande verksamhet.//

Att underrätterna, enligt IP13 och IP10, oftare agerar rättsskapande och är mer progressiva i rättsutvecklingen jämfört med andra instans utgör ett ytterligare stöd för tolkningen att det kan finnas en uppfattning hos åtminstone vissa underrättsdomare att underrätterna har en funktion att genom sin rättstillämpning initiera en framtida prejudikatbildning.

Sammantaget antyder de dataenheter som konstruerar detta undertema att det finns en föreställning hos vissa underrättsdomare att underrättsdomarens rättsbildning även kan utgöra ett första steg mot prejudikatbildning. Ett par av dataenheterna ger även uttryck för att det kan finnas en intention hos vissa underrättsdomare att genom rättsutveckling i ett enskilt mål initiera en prejudikatbildning i högre domstolsinstanser. Dessutom indikerar ett par av dataenheterna att det kan finnas underrättsdomare som är av uppfattningen att det i underrättsdomarens rättstillämpande roll ingår att leda väg för en framtida prejudikatbildning i högsta instans.

Detta tredje undertema nyanserar och kompletterar därmed delar av den diskussion som förts under Kreatörens första två underteman, där det framhållits att underrättsdomarens rättsskapande och rättsutvecklande funktioner framför allt torde vara begränsad till det enskilda mål som underrättsdomaren har att döma i. Det bör dock nämnas att det förhållande att underrättsdomarens rättsbildning kan utgöra ett första steg mot prejudikatbildning, och ibland även verkar kunna syfta till det, inte innebär någon garanti för att den faktiskt leder till en prejudikatbildning eller att en eventuell prejudikatbildning överensstämmer

med underrättsdomarens uppfattning om rättsläget. Det skulle kunna hända att den aktuella domen aldrig överklagas eller att prövningstillstånd inte meddelas. Om målet faktiskt tas upp till prövning i en högre instans är det dessutom inte säkert att den högre instansen gör samma bedömning eller kommer fram till samma slutsats som den som underrättsdomaren har gjort.

Ett citat från IP10 är dock intressant i sammanhanget. I citatet ger IP10 uttryck för en uppfattning om att andra instans ofta ändrar underrättens dom, men att högsta instans i sin tur brukar ändra tillbaka och därmed gå på underrättens linje:

> //[ML]: Om man kan tala om ett utrymme, vi pratade om det förut, för bedömning eller vad man ska säga. Skiljer det sig åt mellan instanserna?
>
> [IP10]: Nja, det gör det väl inte. Det som är, är väl att tingsrätten kanske brukar ta ut mer i svängarna. Hovrätten är mer försiktig och strikt i sin bedömning och sedan brukar Högsta domstolen ofta ändra till tingsrättens slut.
>
> [ML]: När du säger ta ut mer i svängarna, vad menar du då?
>
> [IP10]: Ja, hovrätterna är ganska försiktiga och de hinner tänka. De följer praxis medan det är troligare att en tingsrättsdomare säger att det här måste vi ändra på. Om det nu är någonting. Som i fallet med dubbelbestraffning som vi hade för några år sedan, med skattetillägg och skattebrott i två separata processer. Då var det tingsrätterna som ändrade de där domarna och sa att det stred mot dubbelbestraffning, medan hovrätterna ändrade tillbaka och sa att det inte var något bekymmer alls med hänvisning till Högsta domstolens praxis. Det är väl inte så sällan att det blir så.
>
> [ML]: Vad tror du det beror på?
>
> [IP10]: Jag vet faktiskt inte. Hovrätterna ser väl sin roll mycket som att bevaka. Det beror ju på. De är inte stöpta i samma form de heller. De som jobbar på hovrätten. Men traditionellt sett har det varit så, mycket. Att de har varit måna om att bevara praxis, medan tingsrättsdomare kan ha varit medvetna om praxis men har ansett att den bör ändras och då till exempel hänvisa till ne bis in idem. Det är kanske en mer konservativ hållning på hovrätterna.//[539]

Även om citatet inte utgör ett empiriskt bevis för att högsta instans oftast går på underrättens linje i sin prejudikatbildning, belyser citatet att det kan finnas en uppfattning hos underrättsdomare att så är fallet. En sådan uppfattning skulle sedermera kunna utgöra en ytterligare motivation för en underrättsdomare att

[539] Jfr även det tidigare citatet från IP13, under detta undertema, där hen uttrycker att kammarrätterna är mer återhållsamma och försiktiga i sina resonemang jämfört med underrätterna.

engagera sig i rättsskapande eller rättsutveckling för att initiera en eventuell prejudikatbildning.

6.5 Analys och diskussion

I detta avsnitt analyseras den rollföreställning som Kreatören illustrerar i relation till vissa institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar samt till tidigare diskussioner om den svenska domarrollen. Analysen syftar inte till att redogöra för gällande rätt, normativt utvärdera eller fastställa orsakerna bakom Kreatörens rollföreställning. Avsikten är i stället att belysa vissa institutionella och konstitutionellrättsliga sammanhang samt diskussioner om domarrollen inom vilka Kreatören och dess underteman kan framstå som begripliga och ges mening, trots de spänningar som rollföreställningen aktualiserar.

Eftersom vissa av de institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar samt diskussioner som är relevanta för denna analys inte tidigare har behandlats i avhandlingen, innehåller avsnittet även mer redogörande inslag.

6.5.1 Institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar

Den rollföreställning som Kreatören illustrerar, där underrättsdomaren kan agera som en kompletterande rättsbildande aktör, kan vid en första anblick framstå som svår att begripliggöra i relation till institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar. Varken underrätterna eller de högre domstolsinstanserna har formellt tilldelats någon normgivande makt, och någon uttrycklig rättsbildande funktion framgår inte av den konstitutionella regleringen. Som tidigare beskrivits har den rättsbildande funktionen i det svenska konstitutionella systemet i första hand enligt 1 kap. 4 § 2 st. regeringsformen tillskrivits riksdagen i egenskap av lagstiftare, medan domstolarna i enlighet med 1 kap. 1 § 3 st. regeringsformen ska utföra sin rättskipning under lagarna.[540]

Att de högre domstolsinstanserna, och särskilt Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen, ändå har en rättsskapande funktion har dock fått ett visst erkännande i svensk rätt genom att en av deras uppgifter beskrivs vara att vägleda rättstillämpningen.[541] För Högsta domstolen framgår detta av 54 kap. 10 § 1 st. 1 p. rättegångsbalken, där det anges att prövningstillstånd kan medges om ”det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av Högsta

[540] Se avsnitt 2.3.1.

[541] Jfr prop. 2007/08:139, s. 21; prop. 2004/05:131, s. 173; prop. 1971:45, s. 83 beträffande HD. Vad avser HFD se prop. 2012/13:45, s. 133; prop. 1971:30, s. 72 f.

domstolen […].” En motsvarande bestämmelse återfinns för Högsta förvaltningsdomstolen i 36 § förvaltningsprocesslagen. Även hovrätternas och kammarrätternas rättsskapande funktion har fått ett liknande erkännande.[542] Att underrätterna skulle ha en motsvarande funktion har däremot inte fått ett lika tydligt erkännande i rättskällorna.[543]

En restriktiv tolkning av de institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningarna för underrättsdomarens rättstillämpande roll är svår att förena med Kreatören. Utifrån en restriktiv tolkning bör som utgångspunkt gälla att underrättsdomaren inte ska ägna sig åt någon rättsbildande verksamhet, varken i form av rättsskapande eller rättsutveckling. Detta till trots ger den intervjudata som konstruerar Kreatören dock uttryck för en föreställning om att underrättsdomaren kan och, vad avser rättsskapandet, i vissa fall även måste det.

Den föreställning som uttryckts i Kreatörens första undertema, *rättsskapande för rättstillämpning,* om att underrättsdomaren inom ramen för sin rättstillämpande roll kan, och ibland även måste, fylla en rättsskapande funktion förefaller inte följa av en viss agenda eller ett motiv hos underrättsdomare att vilja skapa rätt. Föreställningen framstår snarare som något ofrånkomligt mot bakgrund av en kombination av (1) att underrättsdomaren inte alltid finner svar i rättskällorna på de rättsfrågor som hen har att besvara, (2) att det alltid är någon omständighet som skiljer ett mål från ett annat, och (3) att underrättsdomaren måste fatta beslut i målet. Härigenom kan föreställningen snarare begripliggöras mot bakgrund av rättstillämpningens praktiska villkor än i relation till en restriktiv tolkning av de institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningarna.

Om de institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningarna däremot tolkas mindre restriktivt och med hänsyn till rättstillämpningens praktiska villkor, kan dock föreställningen om underrättsdomarens rättsskapande funktion även framstå som mer begriplig inom ramen för dessa förutsättningar. Föreställningen kan nämligen förstås mot bakgrund av att de normgivande aktörerna inte tillskrivits någon formell normgivningsmakt inom ramen för ett enskilt fall.[544] Det har exempelvis framförts att lagstiftning inte får formuleras så att den endast avser ett enskilt eller konkret mål, utan måste ha en viss generell tillämpbarhet.[545] Samtidigt är underrättsdomaren skyldig att avgöra de rättsfrågor som aktualiseras av sakförhållandena i det enskilda målet. Mot denna bakgrund följer att

[542] Se prop. 2004/05:131, s. 171, vad avser hovrätternas rättsbildande ansvar. Se även 49 kap. 14 § 1 st. 3 p. RB respektive 34 a § 2 st. 3 p. FPL.

[543] Jfr dock SOU 2008:125, s. 309, där det uttrycks att domstolarna, i generell bemärkelse, även har rättsskapande uppgifter.

[544] Se avsnitt 2.3.2.

[545] Se prop. 1973:90, s. 203–204.

underrättsdomaren, inom ramen för sin självständighet, kan behöva konkretisera och operationalisera den generella rätten så att den blir tillämplig på det aktuella fallet. Den rättsskapande funktionen kan härmed uppfattas som förenlig med underrättsdomarens självständighet enligt 11 kap. 3 § regeringsformen, enligt vilken varken riksdagen eller någon annan myndighet får bestämma hur en domstol ska döma i ett enskilt fall.[546]

Den föreställning om en rättsutvecklande funktion som utvecklas i Kreatörens andra undertema, *rättsutveckling genom rättstillämpning,* är dock svårare att begripliggöra även inom ramen för en mindre restriktiv tolkning av de institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningarna. Det andra undertemat ger nämligen uttryck för en rollföreställning inom vilken underrättsdomaren med hänsyn till samhällsutvecklingen antingen kan avvika från gällande rätt eller tolka och tillämpa rätten i ett konkret fall på ett sätt som är mer anpassat efter rådande samhällsförhållanden, jämfört med hur rätten har tolkats och tillämpats tidigare.

Även med en mindre strikt tolkning av de institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningarna är det svårt att få denna rollföreställning att exempelvis harmoniera med 1 kap. 1 § 3 st. regeringsformen, eftersom den innefattar ett avvikande från eller en omtolkning av gällande rätt som kan gå utöver enbart utfyllnad av rättsliga luckor. Till skillnad från den rättsskapande funktionen, innebär rättsutveckling i denna mening ett avsteg i förhållande till hur rätten tidigare har tolkats och tillämpats. Ett sådant avvikande från gällande rätt torde vara svårare att begripliggöra mot bakgrund av underrättsdomarens självständighet, eftersom den begränsas av att den rättskipande verksamheten ska utföras under lagarna. Underrättsdomarens självständighet kan legitimera en tolkning och konkretisering av rätten inom ramen för ett enskilt mål, men är svårare att tolka som att underrättsdomaren har ett självständigt mandat att förändra rättens innehåll.

Högsta domstolen har visserligen i ett beslut från år 2025 uttryckt att det också är domstolarnas uppgift ”att göra de anpassningar som följer av olika samhällsförändringar”.[547] Vad Högsta domstolen grundar uttalandet på är dock oklart.[548] Utifrån den skrivna konstitutionella rätten har varken de högre

[546] Se avsnitt 2.3.2. Att det finns skäl att göra denna tolkning av de institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningarna bör även följa av att de högre domstolsinstanserna har tillskrivits uppgiften att vägleda rättstillämpningen. Genom detta förutsätts inom rättsordningen att den rätt som skapas av de normgivande aktörerna inte är fullständig, vilket bör beaktas vid tolkningen av de förutsättningar som omger underrättsdomarens rättstillämpande roll.

[547] Högsta domstolens beslut, mål nr. Ö 7177-23, meddelat den 19 februari 2025, p. 52–53.

[548] Se även avsnitt 2.3.1.

domstolsinstanserna eller underrätterna tilldelats något uttryckligt mandat att utveckla rätten. Uttalandet bör därför inte förstås som ett uttryck för att domstolarna genom den konstitutionella rätten har tilldelats en självständig rättsutvecklande funktion.

En möjlig tolkning av uttalandet är dock att det ger uttryck för att rättsutveckling kan utgöra en funktionell följd av rättstillämpning som en tolkande verksamhet. Om rättstillämpningen i ett enskilt fall förutsätter tolkning och tolkningen sker i relation till det samhälleliga sammanhang inom vilka rättsreglerna tillämpas kan det innebära att domstolens rättstillämpning i praktiken medför vissa anpassningar i förhållande till förändrade samhällsförhållanden. I ljuset av denna tolkning kan den rättsutvecklande funktionen förstås som en konsekvens av rättens generella utformning och dess tillämpning i ett föränderligt samhälle. De attitydskillnader i förhållande till den rättsutvecklande funktionen som kommit till uttryck inom ramen för Kreatörens andra undertema, kan mot bakgrund av denna tolkning i sin tur förstås som ett uttryck för att det kan finnas variationer i det tolkningsutrymme som underrättsdomare uppfattar sig ha inom ramen för sin självständighet.

Sammantaget visar analysen av Kreatörens första och andra underteman att föreställningen om underrättsdomarens rättsskapande funktion i viss mån kan begripliggöras mot bakgrund av de institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningarna, särskilt vid en mindre restriktiv tolkning som beaktar rättens ofullkomlighet och underrättsdomarens självständighet i det enskilda fallet. Föreställningen om underrättsdomarens rättsutvecklande funktion är däremot svårare att förena med samma förutsättningar, i den mån funktionen innefattar avsteg från eller omtolkning av gällande rätt som går utöver utfyllnad av rättsliga luckor. Den rättsutveckling som kan följa av underrättsdomares rättstillämpning framstår i denna mening snarare som en möjlig funktionell följd av tolkning i ett föränderligt samhälle, än som ett uttryck för ett självständigt rättsutvecklande mandat.

Analysen av Kreatörens tredje undertema, *rättsskapande och rättsutveckling som ett första steg mot prejudikatbildning,* förutsätter den förståelse av underrättsdomarens rättsskapande och rättsutvecklande funktioner som utvecklats ovan. Endast i den mån dessa funktioner kan begripliggöras inom ramen för de institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningarna blir det meningsfullt att analysera föreställningen om underrättsdomarens rättsbildning som ett första steg mot prejudikatbildning. Det tredje undertemat kan nämligen förstås som ett uttryck för hur underrättsdomarens rättsskapande och rättsutvecklande verksamhet relaterar till instansordningen som ett system för domstolarnas rättsbildning. Instansordningen kan här uppfattas som en institutionell förutsättning som

möjliggör att underrättsdomarens rättsbildning i det enskilda fallet kan fungera som ett första led i en prejudikatbildande process.

I det svenska domstolssystemet är det de högsta domstolsinstanserna som genom sin prejudikatbildande verksamhet har till främsta uppgift att vägleda rättstillämpningen. För att en rättsfråga ska kunna nå dessa instanser och bli föremål för prejudikatbildning krävs emellertid att frågan först aktualiseras och formuleras i underinstanserna. Underrätterna utgör härmed den instans där nya rättsfrågor, tolkningsproblem och spänningar i rättstillämpningen i praktiken först blir synliga.

I detta perspektiv kan underrättsdomarens rättsskapande och rättsutvecklande rättstillämpning förstås som ett funktionellt led för att möjliggöra prejudikatbildning på en högre nivå i instansordningen. Ett inslag av rättsskapande eller rättsutvecklande i underrättsdomarens rättstillämpning innebär inte att underrättsdomaren själv nödvändigtvis ägnar sig åt rättsbildning som får en normerande effekt för annan rättstillämpning. Däremot kan underrättsdomarens rättsbildning förstås som det första steget i att identifiera och konkretisera rättsfrågor som därefter kan bli föremål för prövning av högre domstolsinstanser och därmed resultera i en prejudikatbildning med normerande effekt.

6.5.2 Tidigare diskussioner om domarrollen

Den rollföreställning som Kreatören illustrerar linjerar bland annat med tidigare litteratur där rättstillämpning har beskrivits som en mer eller mindre kreativ process där det inte finns någon skarp gräns mellan tillämpning, tolkning eller rättsbildning inom ramen för ett enskilt fall.[549]

I litteraturen har det uttryckts att det ligger i lagstiftningens och andra rättskällors natur att de inte kan formuleras på ett sådant sätt att domaren enbart kan läsa ordalydelsen och sedan mekaniskt tillämpa den på de specifika omständigheterna i målet. Det har dessutom setts som omöjligt för lagstiftaren att skapa en rättsordning som täcker alla tänkbara situationer som verkligheten kan ge upphov till och som rätten avser att reglera. Mot bakgrund härav förutsätts det att domaren inom ramen för sin rättstillämpning fyller ut eventuella luckor och hanterar oklarheter eller motsägelser i rättsreglerna för att kunna avgöra det aktuella målet.[550] Denna syn på rättstillämpning harmonierar väl med Kreatörens

[549] Se t.ex. Wiklund, 2014(2), s. 346 med hänvisning till Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, Harvard, 1997, s. 23 f.; Bull, 1999/2000, s. 802–803; Cappelleti, 1989, s. 3 f. Se även avsnitt 2.3.1.

[550] Se t.ex. Södergren, 2009, s. 146; Bull, 1999/2000, s. 803–804; Cappelletti, 1989, s. 4–6.

första undertema, *rättsskapande för rättstillämpning,* som ger uttryck för föreställningen att underrättsdomaren inom ramen för sin rättstillämpande roll kan, och ibland även måste, fylla en rättsskapande funktion. Rollföreställningen kan härmed förstås som ett uttryck för att en rättsskapande funktion utgör en naturlig del av den rättstillämpande rollen.

Mot bakgrund av diskussionen om en svensk domarroll i förändring kan Kreatören även förstås som ett uttryck för en rättstillämpande roll som blivit mer aktuell till följd av internationaliseringen av svensk rätt och ett mer komplext samhälle som utvecklas snabbare. I diskussionen har det exempelvis uttryckts att den rätt som domaren har att tillämpa har blivit otydligare och mer svårtolkad som en konsekvens av internationaliseringen, vilket har bidragit till ett ökat tolkningsutrymme för domaren.[551] Det har också uttryckts att domarens betydelse för rättens utveckling har ökat, till följd av en snabbare och mer komplex samhällsutveckling.[552]

Kreatören samspelar även med uppfattningen att svenska domare har blivit modigare och mer kreativa när det kommer till att i rättstillämpningen fylla ut, tolka och ägna sig åt att skapa rätt;[553] en uppfattning som står i kontrast mot den traditionella domarrollen.[554] Särskilt kan de dataenheter som citerats under det första undertemat och det andra undertemat, där intervjupersonerna ger uttryck för en positiv attityd till en rättsbildande funktion, förstås som uttryck för en uppfattning som ligger i linje med föreställningen att svenska domare har blivit mer modiga och kreativa i sin rättstillämpning.

De attitydskillnader som kommer till uttryck i Kreatörens första och andra undertema harmonierar även med andra inlägg i diskussionen om en svensk domarroll i förändring. Som tidigare nämnts har det bland annat uttryckts att svenska domare sannolikt influeras av EU-domstolens användning av rättskällor och tolkningsmetoder.[555] Mot bakgrund av denna uppfattning kan de intervjupersoner som uttrycker en positiv attityd till underrättsdomarens rättsbildande roll förstås som mer influerade av de europeiska domstolarnas tolkningsmetoder. Både EU-domstolen och Europadomstolen använder sig nämligen av dynamisk eller evolutiv tolkning i sin rättstillämpning, för att fylla

[551] Se t.ex. Wiklund, 2014(1), s. 477–478; Heckscher, 2014, s. 413; Wersäll, 2004, s. 327.

[552] Se Mattson, 2014, s. 589. Jfr även t.ex. Norberg, 1995, s. 424; Kleineman, 1992/93, s. 528.

[553] Fura-Sandström, 2004, s. 265.

[554] Det har i litteraturen exempelvis uttryckts att den svenska domaren i egenskap av rättstillämpare traditionellt har varit återhållsam när det kommer till rättsutvecklande resonemang, se Hirschfeldt, 2014, s. 121.

[555] Se avsnitt 2.4.2 och avsnitt 5.2.2.

luckor och för att gradvis utveckla EU-rätten respektive konventionsrätten i relation till förändringar i samhället.[556]

De intervjupersoner som däremot ger uttryck för en mer återhållsam inställning till rättsbildning kan förstås som mindre influerade av de europeiska domstolarnas tolkningsmetoder, vilket även linjerar med att det har ifrågasatts i vilken grad de svenska underrättsdomarna faktiskt har påverkats av den påstådda utvecklingen av den svenska domarrollen.[557]

Det bör emellertid understrykas att den omständigheten att attitydskillnaderna kan förstås mot bakgrund av dessa diskussioner inte innebär att attitydskillnaderna nödvändigtvis har orsakats av de förhållanden som där lyfts fram. Denna analys syftar inte till att fastställa några kausala samband, utan till att fördjupa förståelsen av hur de rollföreställningar som framträder kan begripliggöras i relation till bland annat tidigare diskussioner om den svenska domarrollen.

Attitydskillnaderna kan även ha andra förklaringar eller följa av en kombination av olika omständigheter. Exempelvis kan variationerna relateras till individuella uppfattningar om rättstillämpningens karaktär, där vissa underrättsdomare kan uppleva rättsbildande inslag som intellektuellt stimulerande, medan andra kan uppfatta samma moment som tidskrävande eller som ett avsteg från den rättstillämpning de anser sig ha till uppgift att utföra. Härutöver har jag utifrån en tolkning av ett citat från IP13, under det andra undertemat, redan tidigare framfört att ett mer accepterande förhållningssätt hos en underrättsdomare inför att engagera sig i rättsutveckling kan följa av att underrättsdomaren ser det som en funktion som följer av instansordningen.

Avslutningsvis kan Kreatörens tredje undertema *rättsskapande och rättsutveckling som ett första steg mot prejudikatbildning* relateras till tidigare diskussioner om hur de högsta domstolsinstanserna, och framför allt Högsta domstolen, alltmer har införlivat en uttalad och utpräglad roll som prejudikatinstanser.[558] I tidigare forskning finns det även stöd för att Högsta domstolen från 1980-talet har

[556] Se Bernitz, 2012, s. 25–26 och 57. Se även t.ex. *S.L. mot Österrike* (45330/99), 9 januari 2003, p. 39, där Europadomstolen betonar att konventionen utgör ett levande instrument som måste tolkas i ljuset av samhällets värderingar. Även om EU-domstolen inte uttryckligen beskriver fördragen som ett levande instrument, har domstolen genom sin teleologiska tolkningsmetod i flera avgöranden tolkat fördragsbestämmelser i ljuset av deras ändamål och funktion i den samtida unionsrätten. EU-domstolens teleologiska tolkningsmetod uppvisar härigenom vissa dynamiska drag, se t.ex. mål 43/75, *Defrenne*, p. 10–12; mål C-144/04, *Mangold*, p. 74–75. Se även Lenaerts och Gutiérrez-Fons, 2013, s. 24–26 och 39–41.

[557] Se Wiklund, 2014(1), s. 478.

[558] Se t.ex. Tjernberg, 2016, s. 42 f.; Josefsson, 2015, s. 40; Kleineman, 2014/2015, s. 495; Wersäll, 2014(1), s. 1; Wiklund, 2014(2), s. 335.

utvecklats till en mer aktiv prejudikatinstans med längre, utförligare och mer resonerande domar.[559]

I den mån som de högsta domstolsinstanserna har införlivat en position som centrala rättsbildare i egenskap av prejudikatinstanser och att denna position också framhävts i litteraturen, kan föreställningen om att underrättsdomarens rättsbildning kan utgöra ett första steg mot prejudikatbildning också begripliggöras. Mot bakgrund av att de högsta domstolsinstansernas rättsbildande funktioner framhävs, kan det också framstå som begripligt att det finns underrättsdomare som inom ramen för sin rättstillämpning uppfattar sig ha funktionen att synliggöra oklarheter, tolkningsproblem eller spänningar i rätten redan i första instans.

6.5.3 Sammanfattande syntes

Sammantaget kan Kreatören förstås som en rollföreställning som delvis är förenlig med ett konstitutionellt system där underrättsdomarens självständighet och rättstillämpningens praktiska villkor spelar en central roll. Kreatörens första undertema, rättsskapande för rättstillämpning, kan i viss mån förstås som förenligt med systemet, särskilt vid en tolkning som beaktar rättens ofullkomlighet och underrättsdomarens behov av att fylla ut rättsliga luckor. Däremot är Kreatörens andra undertema, rättsutveckling genom rättstillämpning, svårare att förena med samma förutsättningar eftersom det innefattar avsteg från gällande rätt som går utöver utfyllnad av luckor. Undertemat kan dock förstås som en funktionell följd av tolkningsarbete i ett samhälle i förändring, och som ett uttryck för att underrättsdomare kan uppfatta sitt tolkningsutrymme inom ramen för sin självständighet olika. Kreatörens tredje undertema kan i sin tur förstås som ett uttryck för att underrättsdomarens rättsskapande och rättsutvecklande kan betraktas som ett funktionellt led för att möjliggöra prejudikatbildning på en högre nivå i instansordningen.

När Kreatörens rollföreställning relateras till tidigare diskussioner om den svenska domarrollen framträder flera beröringspunkter. Det finns exempelvis litteratur som betonar att rättstillämpning alltid kräver en viss grad av kreativitet, eftersom lagstiftning och rättskällor aldrig kan täcka alla praktiska situationer. Kreatören ligger även i linje med vissa inlägg i diskussionen om en domarroll i förändring, där det bland annat framhållits att underrättsdomare påverkas av EU-domstolens och Europadomstolens tolkningsmetoder och att svenska domare blivit mer modiga och kreativa i sin rättstillämpning.

[559] Se Derlén och Lindholm, 2016, s. 152–153 och 156–157.

Sammanfattningsvis kan Kreatören förstås som en rollföreställning som delvis kan begripliggöras inom ramen för de institutionella och konstitutionella förutsättningarna, men som också illustrerar en spänning mellan formella förutsättningar och den praktiska verklighet som underrättsdomaren möter. Kreatören kan även förstås som en rollföreställning som speglar beskrivningen av rättstillämpning som en kreativ process; en beskrivning som kan framstå som mer aktuell till följd av europeiseringen av svensk rätt och en snabbare samt komplex samhällsutveckling.

DEL III:
DE AVSLUTANDE DELARNA

7 Rollföreställningarnas inbördes variationer och relationer

7.1 Inledning

De tre rollföreställningar som i Del II illustreras genom Ämbetsmannen, Väktaren och Kreatören belyser i sig att det finns en variation i hur underrättsdomare föreställer sig sin rättstillämpande roll och dess förhållande till den nationella lagstiftaren. För att lyfta fram denna variation ytterligare, och för att belysa hur rollföreställningarnas inbördes relationer kan förstås, presenteras i detta kapitel en fördjupande diskussion baserad på en jämförande analys mellan rollföreställningarna.

En del likheter och skillnader mellan rollföreställningarna har redan påtalats i presentationerna av domarrollerna i avhandlingens Del II. De likheter och skillnader som tas upp där avser främst att tydliggöra vad som skiljer rollföreställningarna i egenskap av huvudsakliga teman åt och för att motivera min tematisering för läsaren. Den tematiska analysen innefattar i sig en jämförande analys, eftersom tematisering och särskiljning mellan koder bland annat följer av en jämförelse mellan koder.[560] Det kan därför finnas vissa överlappningar mellan de likheter och skillnader som tas upp i detta kapitel och de likheter och skillnader som redan berörts i Del II.

Syftet med den jämförande analysen i detta kapitel är dock att lyfta diskussionen till en högre teoretisk nivå. Genom den jämförande analysen relateras rollföreställningarna därför mer utförligt till varandra för att skapa en mer samlad förståelse för hur deras inbördes variationer och relationer kan förstås. Detta kapitel uppfyller härmed även studiens tredje delsyfte.

7.2 Ämbetsmannen: ett svåruppnåeligt ideal?

Den föreställning om underrättsdomarens rättstillämpande roll som Ämbetsmannen illustrerar framställs i redovisade intervjudata ibland som en idealbild av vad underrättsdomarens rättstillämpande roll framför allt ska, måste eller bör innebära. Med idealbild avses här att den rollföreställning som Ämbetsmannen illustrerar framställs som något eftersträvansvärt av intervjupersonerna. Som exempel på detta kan bland annat nämnas IP17 som ger

[560] Se avsnitt 3.4.2.

uttryck för att den aktuella lagbestämmelsen måste stå med i den skrivna domen, eftersom underrättsdomarens rättstillämpning handlar om att tillämpa lag och inte att själv sitta och tycka någonting.[561] Ett annat exempel är citatet av IP20 som uttrycker att ”vi inte kan ha domare som inte följer gällande rätt”.[562] Som ett tredje exempel kan IP3 nämnas som uttrycker att lagstiftarens intentioner måste få betydelse vid lagtolkning, eftersom det annars kan leda till orimliga situationer eller resultat.[563]

Även ett antal av de dataenheter som citerats under Väktaren och Kreatören ger vissa associationer till den rollföreställning som Ämbetsmannen illustrerar, vilket förstärker intrycket av att Ämbetsmannens föreställning utgör en idealbild av vad underrättsdomarens rättstillämpande roll framför allt ska eller bör innebära. Till detta återkommer jag i avsnitt 7.3 och 7.4.

Samtidigt som Ämbetsmannens rollföreställning ibland framställs som en idealbild framkommer det i vissa av dataenheterna under Ämbetsmannen även indikationer på att det i sådana fall rör sig om ett ideal som inte alltid är lätt att förhålla sig till som underrättsdomare. Här kan till exempel citatet från IP11 nämnas där hen i inledningen av citatet uttrycker sig kritisk till att förarbetena ofta lämnar över frågor till rättstillämpningen att lösa, eftersom det innebär att rättstillämpningen lämnas utan vägledning.[564] Detta kan tolkas som att IP11 helst skulle vilja kunna tillämpa lagen genom en läsning av lagen och dess förarbeten, utan att själv behöva göra en mer självständig tolkning av desamma. När förarbetena lämnar över frågor till rättstillämpningen att lösa försvåras upprätthållandet av Ämbetsmannens rollföreställning som ideal, eftersom det gör att IP11 måste agera på ett annat sätt än det sätt som hen uppfattar som idealt.

Ett annat exempel är citatet från IP2 där hen ger uttryck för en tveksamhet eller ett motstånd inför att använda sig av allmänna rättsprinciper i sin rättstillämpning i egenskap av underrättsdomare, eftersom hen inte känner sig ”tillräckligt stor”. I samma citat uppger dock IP2 även att hen skulle kunna tillämpa en lag på ett visst sätt eller underkänna en ny lag med hänvisning till en allmän rättsprincip om det är väldigt tydligt att principen fordrar det.[565]

När IP2 uttrycker att hen inte ”känner sig tillräckligt stor” för att använda sig av principer i sin rättstillämpning, kan det tyda på att IP2 upplever en viss oro eller osäkerhet avseende hur mycket frihet hen har i sin roll som rättstillämpare.

[561] Se avsnitt 4.2.

[562] Se avsnitt 4.2.

[563] Se avsnitt 4.3.

[564] Se avsnitt 4.3.

[565] Se avsnitt 4.4.

Detta kan indikera att hen känner sig pressad till att framför allt hålla sig till en tillämpning av lag och att detta anses vara idealet i utövandet av hens roll. IP2 framstår som osäker på om det ingår i hens roll att använda sig av principer i sin rättstillämpning eller om det skulle gå utanför vad hens roll som rättstillämpare innebär. Det visar samtidigt på en uppfattning hos IP2 att rättens natur och systematik är mer komplex än att endast bestå av den rätt som producerats av lagstiftaren, vilket kan kräva en viss flexibilitet i förhållningssättet till exempelvis principer. Citatet kan härmed förstås som att IP2 känner sig pressad att balansera idealet om att främst tillämpa lag och behovet av att beakta allmänna rättsprinciper.

Att det kan finnas en idealbild hos vissa underrättsdomare, som motsvarar den rollföreställning som Ämbetsmannen illustrerar, kan förstås mot bakgrund av analysen och diskussionen i avsnitt 4.6 där rollföreställningen analyseras i relation till vissa institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar samt till tidigare diskussioner om den svenska domarrollen. Utifrån denna analys kan Ämbetsmannen förstås som en historiskt förankrad rollföreställning som uttrycker ett ideal om domarrollen präglad av lojalitet mot lagstiftaren och nationell rätt, snarare än en rollföreställning som återspeglar de sedan 1990-talet förändrade institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningarna för den rättstillämpande rollen. Mot denna bakgrund framstår det som begripligt att vissa underrättsdomare kan uppfatta Ämbetsmannen som ett ideal, i den mån rollföreställningen kan förstås som förankrad i ett traditionellt maktdelningsideal där folksuveränitet och lojalitet gentemot den nationella lagstiftaren har betonats.

Ett upprätthållande av den ideala rollföreställning som Ämbetsmannen illustrerar ställer dock vissa krav på rättens natur och systematik, vilket kan förklara varför Ämbetsmannens föreställning som idealbild ibland kan vara svår att förhålla sig till som underrättsdomare.

För att det ska vara möjligt för underrättsdomaren att i sin rättstillämpning främst tillämpa den rätt som produceras av lagstiftaren genom den nationella lagstiftningsprocessen skulle nämligen krävas:

(1) att lag eller annan genom den nationella lagstiftningsprocessen producerad rätt innehåller regler eller tydlig vägledning för att lösa alla rättsfrågor som underrättsdomaren kan ställas inför, och

(2) att rätten är förhållandevis enhetlig, det vill säga inte innehåller konflikter och inte är motsägelsefull.

Det torde dock inte krävas någon större erfarenhet av juridiskt arbete eller kännedom om rättens natur och systematik för att kunna dra slutsatsen att dessa antaganden inte alltid överensstämmer med den rättsliga praktik som

underrättsdomaren kan ställas inför.[566] Ämbetsmannens föreställning bortser även från att underrättsdomaren i dagens konstitutionella system har givits andra konstitutionella funktioner än att enbart tillämpa den rätt som skapats av den nationella lagstiftaren genom lagstiftningsprocessen, vilket ytterligare kan bidra till att föreställningen som ideal ibland kan vara svår att förhålla sig till som underrättsdomare.[567] Dessa försvårande faktorer kan i sin tur även bidra till att analytiskt begripliggöra varför Ämbetsmannens rollföreställning inte är den enda rollföreställningen som konstruerats genom den tematiska analysen av insamlade intervjudata i studien.

7.3 Väktaren: en utmanare till idealet?

Den mest framträdande skillnaden mellan Ämbetsmannen och Väktaren är att den senare illustrerar en bredare föreställning om underrättsdomares rättstillämpande roll. Väktaren illustrerar en föreställning om att det i den rättstillämpande rollen, utöver att tillämpa lag, även ingår att vakta och värna om det rättsliga systemet i stort.

En ytterligare skillnad mellan Väktaren och Ämbetsmannen är att Väktaren har en lojalitet till det rättsliga systemet i stort, medan Ämbetsmannens framför allt är lojal till den nationella lagstiftaren. För Väktaren innebär denna lojalitet att domstolarna har en central funktion som yttersta uttolkare av rätten och som upprätthållare av de principer, värden och normhierarkier som finns i det rättsliga systemet. Ämbetsmannen, å andra sidan, tenderar att tillskriva den nationella lagstiftaren ett tolkningsföreträde och ser även den nationella lagstiftaren som den högsta auktoriteten när det gäller att hantera normkonflikter.

Väktaren kan också anses vila på eller förutsätta en annan rättsteoretisk uppfattning än Ämbetsmannens, eftersom det rättsliga system som Väktaren vaktar och värnar om innehåller fler regler, principer och värden än de som följer av lag eller annan rätt som producerats genom den nationella lagstiftningsprocessen. Härutöver förutsätter Väktaren att det kan finnas konflikter mellan olika normer i det rättsliga systemet eller brister i lagstiftningen som den nationella lagstiftaren inte tänkt på, eftersom Väktaren har en föreställning om att domstolarna som kollektiv har ett ansvar att lösa eventuella konflikter eller brister i det rättsliga systemet. Vad beträffar rättens natur och

[566] Att så kan vara fallet antyder också citaten från IP11 och IP2 som indikerar att Ämbetsmannens föreställning som ideal inte alltid är lätt att förhålla sig till som underrättsdomare.

[567] Se avsnitt 4.3.

systematik förefaller Väktarens föreställning sammantaget förutsätta en uppfattning om:

(1) att rätten utgör ett system som omfattar fler regler, principer och värden än de som följer av lag eller annan rätt som producerats genom den nationella lagstiftningsprocessen,

(2) att det kan finnas konflikter mellan olika normer i det rättsliga systemet eller brister i lagstiftningen som lagstiftaren inte tänkt på, men

(3) att det är möjligt att finna lösningar inom ramen för det rättsliga systemet på hur sådana eventuella konflikter eller brister bör lösas.

Den föreställning om underrättsdomarens rättstillämpande roll som Väktaren illustrerar förutsätter således en annan uppfattning om rättens natur och systematik jämfört med Ämbetsmannens. Till skillnad från Ämbetsmannen som framför allt tycks prioritera folksuveränitetsprincipen, erkänner Väktaren ett bredare spektrum av principer och värden som en del av det rättsliga systemet. Folksuveränitetsprincipen ingår också i det rättsliga system som Väktaren värnar om, men medan Ämbetsmannen sätter denna princip högst ser Väktaren den som en princip bland andra principer och värden som också är viktiga att upprätthålla i det rättsliga systemet i stort.

Som framförs i analysen och diskussionen i avsnitt 5.5, där Väktarens rollföreställning analyseras i relation till vissa institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar samt till tidigare diskussioner om den svenska domarrollen, harmonierar rollföreställningen med ett konstitutionellt system kännetecknat av rättslig pluralism och normhierarkier. Väktarens samtliga underteman kan begripliggöras mot bakgrund av de institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar som vuxit fram inom det svenska konstitutionella systemet under de senare decennierna, vilka har accentuerats av europeiseringen och den ökade rättsliga pluralismen.

Medan Väktaren kan förstås och begripliggöras mot bakgrund av en ökad rättslig pluralism och fler normhierarkier, försvårar samma förutsättningar upprätthållandet av Ämbetsmannen som en idealbild för underrättsdomarens rättstillämpande roll. Den rollföreställning som Väktaren illustrerar kan därför förstås som ett nyare och potentiellt utmanande ideal i förhållande till Ämbetsmannen.

Att det är Väktaren som framstår som utmanaren, och inte det mer förankrade idealet, följer av att jag tycker mig kunna uttolka vissa drag av Ämbetsmannen i några av de dataenheter som tillsammans konstruerar Väktaren. Bland annat påminner de inledande citaten från IP6 och IP9, som refererats under det första

undertemat för Väktaren, i vissa delar om den rollföreställning som Ämbetsmannen illustrerar. I citaten framställs tillämpning av lag som den primära och ideala funktionen för domaren, medan funktionen av att granska eller pröva lagstiftning snarare framstår som sekundär och påtvingad.[568]

I ett annat citat från IP6 beskrivs också den granskande och prövande funktionen som sekundär och IP6 förefaller också i samma citat utgå från att lagstiftarens avsikt är att förhålla sig till de principer och värden som finns i systemet, men att lagstiftningen inte alltid blir så som lagstiftaren haft för avsikt.[569] Även detta citat påminner i vissa delar om Ämbetsmannen och kan jämföras med ett citat från IP12 under det tredje undertemat för Ämbetsmannen där IP12 uttrycker en tillit till lagstiftaren och till att denne gör sitt yttersta för att följa och upprätthålla internationella rättsliga åtaganden.[570] Om lagstiftaren gör fel så är det ett ”misstag” och inte ett avsiktligt avvikande enligt IP12.

IP6 citeras även under det andra undertemat för Väktaren.[571] I citatet ger IP6 uttryck för uppfattningen att det inte är tillåtet att lagstifta genom förarbeten, men också att det är lagstiftarens intention som förmedlas genom förarbetena till lagstiftningen. Genom det senare ger IP6 på ett liknande sätt som de intervjupersoner som citeras under Ämbetsmannens andra undertema uttryck för en korporativistisk definition av lagstiftaren. Att IP6 ger uttryck för en korporativistisk definition av lagstiftaren samtidigt som hen uttrycker att det inte är tillåtet att lagstifta genom förarbeten kan förstås som en spänning mellan ett mer förankrad ideal, där en bredare syn på lagstiftaren varit rådande, och ett annat ideal.

Att vissa av de dataenheter som konstruerar Väktaren således även innehåller vissa drag som leder tankarna till Ämbetsmannen indikerar att det finns ett spänningsfält mellan Ämbetsmannen, som ett förankrat ideal, och Väktaren som en utmanare sprungen utifrån nya förutsättningar för underrättsdomarens rättstillämpande roll.

Något som däremot förenar Ämbetsmannen och Väktaren, men särskiljer dem från Kreatören, är att de förras föreställningar om den rättstillämpande rollen förutsätter en rättsteoretisk uppfattning om att det går att finna svar eller lösningar på rättsliga frågor och problem inom ramen för rätten eller det rättsliga systemet. Även om Väktaren och Ämbetsmannen bygger på olika uppfattningar om rättens natur och systematik, förefaller båda vara av uppfattningen att det går

[568] Se avsnitt 5.2.

[569] Se avsnitt 5.2.

[570] Se avsnitt 4.5.

[571] Se avsnitt 5.3.

att finna svar eller lösningar på rättsliga frågor och problem inom ramen för rätten eller det rättsliga systemet. Väktaren och Ämbetsmannen kan således sägas vara mer eller mindre överens om att det finns svar och lösningar inom den ram som rätten eller det rättsliga systemet ställer upp, men har olika uppfattningar om vad ramen innehåller.

Både Ämbetsmannens och Väktarens rättsteoretiska uppfattningar skiljer sig på denna punkt från Kreatörens uppfattning, som utgår från att rätten eller det rättsliga systemet inte alltid tillhandahåller svar eller lösningar på rättsliga frågor och att underrättsdomaren även kan förhålla sig till samhälleliga förändringar i sin rättstillämpning.

7.4 Kreatören: en roll i konflikt mellan ideal och rätten i praktiken?

Som framförts finns det en likhet mellan de rollföreställningar som Ämbetsmannen och Väktaren illustrerar, i och med att båda föreställningarna mer eller mindre förutsätter att det går att finna svar eller lösningar på rättsliga frågor inom ramen för rätten eller i det rättsliga systemet. På denna punkt skiljer sig Kreatören från både Ämbetsmannen och Väktaren. Sammantaget förefaller den rollföreställning som Kreatören illustrerar förutsätta en rättsteoretisk uppfattning om:

(1) att rätten eller det rättsliga systemet inte alltid är fullständigt och kan sakna svar på rättsliga frågor eller problem, och

(2) att även om rätten eller det rättsliga systemet innehåller ett svar kan svaret vara oförenligt med rådande samhällsförhållanden.

Det finns således en tydlig skillnad mellan Kreatörens rollföreställning och de andra två rollföreställningarna. Både Ämbetsmannen och Väktaren tenderar att bortse från att det kan uppstå rättsfrågor som rätten eller det rättsliga systemet inte besvarar, samt att det kan finnas ett behov att modifiera rätten mot bakgrund av en samhällsutveckling.

Till skillnad från Ämbetsmannen och Väktaren belyser härmed Kreatören att även utomrättsliga faktorer, i form av förändrade samhällsförhållanden, kan få betydelse för föreställningen om den rättstillämpande rollens innebörd. Dels kan sådana förändringar ge upphov till nya rättsfrågor som rätten eller det rättsliga systemet ännu inte adresserat, vilket skapar ett behov av rättsskapande. Dels kan samhällsförändringar motivera underrättsdomaren att utveckla rätten i

situationer där det visserligen redan finns ett svar, men där svaret inte är anpassat utifrån förändrade samhällsförhållanden.

Det finns dock inte bara skillnader mellan Kreatörens rollföreställning och de andra två rollföreställningarna. Till exempel tar både Kreatören och Väktaren ett ansvar för att lösa de problem som underrättsdomaren kan ställas inför i en rättstillämpningssituation. Väktaren tar ett ansvar genom att lösa normkonflikter eller eventuella brister som kan finnas i lagstiftningen mot bakgrund av vissa principer och värden i det rättsliga systemet, medan Kreatören tar ett ansvar genom att lösa eventuella luckor i rätten eller ser till att rätten utvecklas och inte blir föråldrad. Både Väktaren och Kreatören kan således sägas ta ansvar för rättens funktionalitet, om än på olika sätt.

Det finns nämligen en viss skillnad i de typer av problem som Väktaren och Kreatören känner ett ansvar att lösa. De problem som Väktaren identifierar handlar främst om konfliktsituationer mellan normer i det rättsliga systemet och situationer när lagstiftningen innehåller brister sett till vissa principer och värden i det rättsliga systemet som Väktaren upplever ett ansvar att upprätthålla. De problem som Kreatören identifierar rör sig i stället om situationer då de befintliga rättskällorna inte tillhandahåller direkta eller tydliga svar på de rättsfrågor som underrättsdomaren måste besvara inom ramen för ett mål, eller situationer när det visserligen kan finnas svar i befintliga rättskällor, men att svaret som rättskällorna erbjuder framstår som orimliga, klandervärda eller på annat sätt inte är i linje med samhällsutvecklingen.

En viss skillnad finns även i räckvidden av det ansvar som Väktaren och Kreatören tar. Medan Kreatören framför allt förefaller anse sig ha ett ansvar inför rättens funktionalitet inom ramen för ett enskilt fall, känner Väktaren ett ansvar för att se till att det rättsliga systemet håller ihop och att de rättsliga principer, värden och normhierarkier som finns i det rättsliga systemet får genomslag i rättstillämpningen. Härigenom innefattar Väktarens föreställning möjligtvis ett större systemansvar jämfört med Kreatörens. Det kan dock argumenteras för att Kreatören också tar ett systemansvar, genom att ägna sig åt rättsskapande eller rättsutveckling som ett första steg mot prejudikatbildning. Härigenom tar Kreatören ett ansvar för det rättsliga systemets relevans och vidareutveckling.

Ämbetsmannen skiljer sig från både Väktaren och Kreatören när det kommer till att ta ansvar för rättens funktionalitet. Mot bakgrund av att Ämbetsmannen förutsätter en uppfattning om att (1) rätten innehåller regler eller tydlig vägledning för att lösa alla rättsfrågor som underrättsdomaren kan ställas inför, och (2) att rätten är förhållandevis enhetlig, framstår ett ansvarstagande motsvarande Väktarens eller Kreatörens inte heller som motiverat. I situationer när Ämbetsmannen ändå ställs inför en eventuell konflikt, mellan exempelvis

nationell rätt och utomnationell rätt, tenderar Ämbetsmannen att skjuta över ansvaret till den nationella lagstiftaren, genom att tillskriva lagstiftaren funktionen att lösa normkonflikter och ett tolkningsföreträde.

En ytterligare skillnad mellan Kreatörens rollföreställning och de andra två rollföreställningarna är att Kreatörens rollföreställning är den enda som innefattar att underrättsdomarens rättstillämpande roll även kan inkludera rättsskapande och rättsutvecklande dimensioner. Väktaren accepterar och erkänner visserligen de högsta domstolsinstanserna som rättsbildande aktörer. Det är dock mer osäkert om Väktaren uppfattar sig själv ha en rättsbildande funktion.

Vad avser Ämbetsmannens rollföreställning finns det inget i denna som indikerar att underrättsdomaren skulle ha en rättsbildande funktion. Tvärtom verkar Ämbetsmannens föreställning innebära en tydlig distinktion mellan underrättsdomarens rättstillämpande roll och den nationella lagstiftarens roll som den som primärt skapar och definierar den rätt som underrättsdomaren har att tillämpa.

Trots denna väsentliga skillnad mellan Ämbetsmannen och Kreatören, tycker jag mig i vissa av dataenheterna som konstruerar Kreatören kunna uttolka vissa uttryck som påminner om Ämbetsmannens rollföreställning. Även om Kreatören illustrerar en föreställning om att underrättsdomarens rättstillämpande roll kan innefatta rättsskapande och rättsutvecklande dimensioner ger flera av dataenheterna som citeras under Kreatören också uttryck för en viss motvilja inför att ägna sig åt dessa rättsbildande funktioner.

Exempelvis ger IP2, i en dataenhet som citeras under Kreatörens första undertema, uttryck för att hen helst vill hitta vägledning i andra rättskällor som hen kan använda i sin rättstillämpning och att hen som huvudregel inte vill ägna sig åt rättsbildning.[572] En annan intervjuperson som ger uttryck för vad som kan tolkas som en motvilja att ägna sig åt rättsbildning är IP19, som i en dataenhet som citeras under Kreatörens andra undertema, uttrycker att hen verkligen inte tycker det är tingsrättens uppgift att skapa eller utveckla rättens materiella innehåll.[573]

Den motvilja som dessa dataenheter illustrerar kan förstås som ett uttryck för Ämbetsmannen som ett ideal för vad den rättstillämpande rollen ska innebära, eftersom dataenheterna indikerar att intervjupersonerna ser sin roll vara att passivt följa och tillämpa existerande gällande rätt på ett objektivt sätt snarare än att aktivt skapa eller utveckla rätten.

[572] Se avsnitt 6.2.1.

[573] Se avsnitt 6.3.

Det som dock verkar orsaka problem för Ämbetsmannen som ett bakomliggande ideal i Kreatören är den praktiska rättsliga verkligheten. Dels i form av en komplex verklighet som medför att rätten i praktiken inte alltid innehåller ett svar på de rättsfrågor som underrättsdomaren ställs inför, dels en verklighet i förändring som kan göra att underrättsdomare kan uppleva ett behov av att utveckla rätten mot bakgrund av dessa förändringar.

Kreatören kan härmed förstås som en rollföreställning som uppstår i spänningsfältet mellan ett ideal om återhållsam rättstillämpning och rätten i praktiken, inom vilken underrättsdomaren kan ställas inför rättsliga luckor eller samhälleliga förändringar som kräver en mer aktiv rättstillämpning.

7.5 Sammanfattande syntes

Den jämförande analys som presenteras i detta kapitel visar att Ämbetsmannen, Väktaren och Kreatören inte enbart kan förstås som åtskilda rollföreställningar, utan även som relationella positioner som tillsammans belyser variationen i hur underrättsdomarens rättstillämpande roll kan förstås inom ramen för det svenska konstitutionella systemet. Rollföreställningarna förhåller sig till varandra genom överlappningar, spänningsfält och delvis motstridiga ideal, och inte enbart genom tydliga och skarpa kontraster.

Ämbetsmannen kan förstås som ett ideal som betonar lojalitet mot den nationella lagstiftaren och en föreställning om rätten som i huvudsak sammanhängande och fullständig. Väktaren kan förstås som en utmanare till detta ideal genom att mer placera lojaliteten hos det rättsliga systemet i stort och genom att erkänna förekomsten av rättslig pluralism, normkonflikter och normhierarkier. Kreatören skiljer sig från båda dessa genom att illustrera situationer där rätten i praktiken framstår som ofullständig eller otillräcklig i förhållande till verkligheten.

Samtidigt visar analysen att dessa rollföreställningar inte är ömsesidigt uteslutande. Tvärtom kan drag av Ämbetsmannen återfinnas i både Väktaren och Kreatören, vilket medför att Ämbetsmannen kan förstås som ett historiskt förankrat ideal som kan prägla föreställningar om den rättstillämpande rollen, även när det konstitutionella systemet och praktiken förutsätter andra förhållningssätt. Variationerna och relationerna mellan rollföreställningarna kan härmed förstås som illustrationer på hur föreställningen om underrättsdomarens rättstillämpande roll kan omförhandlas i relation till olika ideal och förutsättningar i ett konstitutionellt system som präglas av bland annat traditionella ideal, förändrade förutsättningar och rätten i praktiken.

8 Sammanfattade slutsatser och reflektioner

8.1 Inledning

Denna studie har haft som övergripande syfte att belysa underrättsdomares föreställningar om sin roll som rättstillämpare i det svenska konstitutionella systemet, med särskilt fokus på rollens position i förhållande till den nationella lagstiftaren. För att uppfylla detta syfte har studien brutits ned i tre delsyften.

I detta kapitel sammanfattas i avsnitt 8.2 de slutsatser som kan dras utifrån respektive delsyfte. Härutöver sammanförs slutsatserna i en avslutande syntes som klargör hur de tre delsyftena, tillsammans, uppfyller studiens övergripande syfte.

De slutsatser som studien utmynnat i har även väckt frågor och tankar hos mig beträffande den framtida utvecklingen av underrättsdomarens rättstillämpande roll. Mot bakgrund härav presenteras i avsnitt 8.3 några övergripande reflektioner beträffande den rättstillämpande rollens framtid. Dessa reflektioner sträcker sig utanför studiens syfte och är såväl framåtblickande som spekulativa.

Genomförandet av studien har också lett till insikten att en forskningsprocess snarare väcker fler frågor än vad den besvarar. I avsnitt 8.4 presenteras därför ett par uppslag till forskningsfrågor som inte har behandlats i denna studie, men som enligt min bedömning kan bidra till en fördjupad eller bredare kunskap om underrättsdomarens roll i det konstitutionella systemet om de blir föremål för vidare forskning.

Kapitlet avslutas i avsnitt 8.5 med några korta slutord.

8.2 Studiens sammanfattade slutsatser

Det *första delsyftet* i studien, som syftade till att undersöka underrättsdomares föreställningar om den rättstillämpande rollen och dess förhållande till den nationella lagstiftaren samt att konstruera olika rättstillämpande roller som illustrerar dessa rollföreställningar, visar att underrättsdomare inte har en enhetlig föreställning om sin rättstillämpande roll och dess relation till den nationella lagstiftaren. Genom konstruktionerna Ämbetsmannen, Väktaren och Kreatören, illustreras tre skilda rollföreställningar som innebär olika grader av lojalitet, självständighet och ansvar i förhållande till lagstiftaren.

Ämbetsmannen illustrerar sammantaget en föreställning om att underrättsdomarens rättstillämpande roll främst går ut på att tillämpa rätt som producerats av lagstiftaren genom den nationella lagstiftningsprocessen. Denna rollföreställning speglar en lojalitet i förhållande till den nationella lagstiftaren, som bland annat gör det svårt för underrättsdomaren att ifrågasätta eller kontrollera lagstiftning.

Väktaren utvidgar den rollföreställning som Ämbetsmannen illustrerar, genom att betona att underrättsdomaren också har ett ansvar för att värna det rättsliga systemet i stort. Väktaren inkluderar ett upprätthållande av principer, värden och normhierarkier samt ett säkerställande av att dessa får genomslag i rättstillämpningen. Väktaren kan härmed inta en mer kontrollerande funktion gentemot den nationella lagstiftaren och visar främst lojalitet mot det rättsliga systemet snarare än mot lagstiftaren.

Kreatören illustrerar slutligen en föreställning om att underrättsdomarens rättstillämpande roll även kan innefatta rättsskapande och rättsutvecklande dimensioner. Kreatören belyser härmed att underrättsdomaren även kan ha en kompletterande rättsbildande funktion jämsides med den nationella lagstiftaren.

Tillsammans illustrerar de tre rollföreställningarna att underrättsdomare har varierade föreställningar om sin rättstillämpande roll och dess relation till den nationella lagstiftaren, vilket sedermera har utgjort grunden för studiens vidare delsyften och analys.

Det *andra delsyftet* fokuserade på att analysera rollföreställningarna i relation till institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar samt tidigare diskussioner om den svenska domarrollen, som rollföreställningarna kan aktualisera. Analysen har möjliggjort en kontextualisering av rollföreställningarna och visar hur de kan förstås i ljuset av såväl etablerade ideal som de formella förutsättningar som omger den rättstillämpande rollen i det konstitutionella systemet.

Analysen i det andra delsyftet visar att Ämbetsmannens rollföreställning kan förstås mot bakgrund av de institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar samt maktdelningsideal som länge präglat det svenska konstitutionella systemet, och särskilt den betoning av folksuveränitet och lagstiftarlojalitet som kommer till uttryck i 1974 års regeringsform. Samtidigt kan Ämbetsmannen förstås som mindre väl anpassad till dagens konstitutionella ordning, där domstolarna tillerkänns en mer aktiv roll genom bland annat EU-rätten och Europakonventionen. Härmed framträder Ämbetsmannen som en historiskt förankrad rollföreställning som speglar ett traditionellt ideal, snarare än de förändrade institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar som idag präglar underrättsdomarens rättstillämpande roll.

Vad beträffar Väktaren visar analysen att rollföreställningen kan förstås som väl förenlig med ett konstitutionellt system präglat av rättslig pluralism, normhierarkier och ökad normkontroll. Analysen tydliggör även hur Väktarens underteman kan begripliggöras mot bakgrund av de institutionella och konstitutionellrättsliga förändringar som vuxit fram i det svenska konstitutionella systemet under de senaste decennierna, inte minst till följd av europeiseringen. Väktaren framstår härigenom som en rollföreställning där underrättsdomaren uppfattas ha ett ansvar för det rättsliga systemets sammanhållning, snarare än att enbart realisera den nationella lagstiftarens vilja.

Analysen av Kreatören visar att denna rollföreställning delvis låter sig förenas med ett konstitutionellt system som tillmäter underrättsdomarens självständighet och rättstillämpningens praktiska villkor betydelse, men att den samtidigt synliggör spänningar mellan formella förutsättningar och rättstillämpningens praktiska villkor. Analysen visar även att Kreatören kan förstås som en rollföreställning som aktualiseras i situationer när rätten är ofullständig, när samhälleliga förändringar utmanar etablerade lösningar eller när rättstillämpningen i första instans kan utgöra ett led till en vidare rättsbildning genom instansordningen; en rollföreställning som kan framstå som mer relevant i ljuset av europeiseringen och en mer komplex samhällsutveckling, samt de ökade krav på tolkning i rättstillämpningen som detta medför.

Sammantaget tydliggör den analys som genomfördes inom ramen för det andra delsyftet att rollföreställningarna kan förstås som uttryck för olika sätt att förhålla sig till institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar som präglar det svenska konstitutionella systemet. Analysen visar även att rollföreställningarna kan förstås som uttryck för den förändring som den svenska domarrollen har genomgått enligt tidigare diskussioner om rollen.

Studiens *tredje delsyfte* har bestått av att jämföra de olika rollföreställningarna och analysera likheter, skillnader och eventuella motsättningar mellan dem. Denna jämförelse och analys syftade till att belysa hur rollföreställningarnas inbördes variationer och relationer kan förstås.

Denna analys visar att Ämbetsmannen kan förstås som ett historiskt förankrat ideal för underrättsdomares rättstillämpande roll, präglad av lojalitet mot lagstiftaren och en föreställning om rätten som sammanhängande och fullständig. Genom att ett flertal intervjupersoner ger uttryck för att vara obekväma med de föreställningar som Väktaren och Kreatören illustrerar kan Ämbetsmannen tolkas som ett ideal som underrättsdomare kan anse sig bundna att förhålla sig till. Utifrån intervjudata kan dock Ämbetsmannen som ideal även förstås som svår att upprätthålla.

Väktaren och Kreatören kan i sin tur förstås som ett svar på de svårigheter som det innebär för underrättsdomare att försöka upprätthålla Ämbetsmannen som ett ideal, när Ämbetsmannen som ideal möter ett konstitutionellt system präglat av rättslig pluralism, normkonflikter, normhierarkier, ofullständig reglering och samhälleliga förändringar. Väktaren kan förstås som en utmanare till det ideal som Ämbetsmannen kan återspegla, och som aktualiseras mot bakgrund av förändrade institutionella och konstitutionellrättsliga förutsättningar för den rättstillämpande rollen. Kreatören kan förstås som en delvis oundviklig rollföreställning, som aktualiseras när underrättsdomaren ställs inför rättsliga luckor eller samhälleliga förändringar som kräver en rättsbildning från underrättsdomarens sida.

Sammanfattningsvis framgår av den jämförande analysen inom ramen för det tredje delsyftet att föreställningen om underrättsdomarens rättstillämpande roll kan förstås som formad i ett spänningsfält mellan tradition, förändring och den rättsliga praktik som underrättsdomaren har att hantera i sin vardag. Beroende på hur en underrättsdomare positionerar sig i detta spänningsfält kan rollföreställningen variera från att främst bestå av att vara den nationella lagstiftarens tjänare till att vara det rättsliga systemets väktare eller, i viss mån, dess medskapare.

Tillsammans illustrerar de tre delsyftena att underrättsdomares föreställningar om sin rättstillämpande roll varierar och rör sig på en skala mellan strikt lagstiftarlojalitet till aktiv rättsbildning, och att variationen samt relationen mellan föreställningarna kan förstås i ljuset av traditionella ideal, förändrade institutionella och konstitutionella förutsättningar, samt rätten i praktiken. Härigenom uppfyller studiens tre delsyften även studiens övergripande syfte. Genom att undersöka och konstruera, analysera samt jämföra underrättsdomares rollföreställningar bidrar studien med en gradvis fördjupad förståelse och övergripande bild av hur underrättsdomarens rättstillämpande roll och dess relation till den nationella lagstiftaren kan förstås av dem som praktiserar rollen.

8.3 Reflektioner om den rättstillämpande rollen i framtiden

Mot bakgrund av slutsatserna i studien har jag kommit att reflektera över vad dessa kan innebära för underrättsdomarens rättstillämpande roll i framtiden. Om det nu är så att föreställningen om underrättsdomarens rättstillämpande roll formas i ett spänningsfält mellan tradition, förändring och den rättsliga praktik som underrättsdomaren har att hantera i sin vardag, finns det få tecken på att detta spänningsfält är på väg att försvinna. Tvärtom talar samtiden snarare för att

spänningsfältet kommer att fortsätta finnas och eventuellt även kan komma att förstärkas ytterligare.

Exempelvis finns det idag inget som direkt talar för en tillbakagång för den rättsliga pluralismen och att Väktaren som en utmanare till Ämbetsmannen därmed skulle bli mindre aktuell. Detta skulle kunna innebära att Ämbetsmannen som ideal gradvis får minskat inflytande på föreställningen om den rättstillämpande rollen och att Väktaren i stället får ett ökat genomslag.

I sammanhanget kan det dock noteras att det i litteraturen har uttryckts att genomslaget för de individuella fri- och rättigheterna på senare tid har stött på visst motstånd. Det har beskrivits att ett alltmer tilltagande fokus på säkerhet, trygghet och en pågående kamp mot terrorism från politiskt håll utmanar de individuella fri- och rättigheterna, eftersom de ibland kan uppfattas som ett hinder i arbetet mot nationell säkerhet. Denna intressekonflikt mellan fri- och rättigheter och nationell säkerhet uppfattas dock inte nödvändigtvis innebära att skyddet för fri- och rättigheter blir mindre relevant vid rättstillämpningen, eftersom det kan landa på domstolarna och domarna att i sin rättstillämpning försöka balansera de olika intressena.[574]

Det har i litteraturen även framförts att den nationella lagstiftningen lämnar alltmer tolkningsutrymme till domaren och i den intervjudata som samlats in i denna studie har det också uttryckts att den vägledning som förarbeten kan ge vid lagtolkning har blivit sämre.[575]

> //[IP2]: Förarbeten är inte så jäkla bra längre, utan man skriver inte så mycket i dem ganska ofta. Därför väger de lättare, för de är inte så användbara som de kanske var en gång i tiden.//

> //[IP12]: Förarbeten kan jag väl tycka är lite problematiska idag. Om jag ska uttrycka mig diplomatiskt, så kanske jag tycker att kvaliteten har blivit sämre i förarbeten. Med det menar jag att om man går tillbaka i lite äldre förarbeten är de mer resonerande och väger för- och nackdelar och beskriver resan. Idag säger faktiskt förarbeten inte speciellt mycket många gånger, utan man kommer fram till ett förslag. Man har inte hela den resan beskriven som jag hade velat läsa. Hur man har kommit fram till det här förslaget. Många bitar och många oklara moment hänvisar man till rättstillämpningen och det är jag i första instans som är rättstillämpningen. Då har jag inte så mycket ledning av det.
>
> Vad jag kan göra då är naturligtvis att titta om det finns praxis inom något närliggande område och om det finns någon bestämmelse eller något typ av mål som man kan dra paralleller mot. Det kan man göra i sådana fall, men förarbeten ger inte så väldigt mycket handfast ledning idag tyvärr. Det gör de inte.//

[574] Se Derlén, Lindholm och Naarttijärvi, 2025, s. 292. Jfr även Sobol, Moncrieff och Gaggioli, 2023, s. 5–9.

[575] Se Melin och Lindskog, 2017, s. 347–348.

Om denna utvecklingstendens stämmer, och vi går mot mer oklar och öppet formulerad lagstiftning samt förarbeten som lämnar mindre vägledning, kan det leda till att underrättsdomaren ställs inför fler rättstillämpningssituationer där de befintliga rättskällorna inte tillhandahåller direkta och tydliga svar. Detta kan i sin tur innebära att den rättsskapande funktionen som Kreatören illustrerar också får en mer framskjuten position i spänningsfältet, på bekostnad av Ämbetsmannen.

En tanke som väckts utifrån slutsatserna i denna studie är att ett starkare spänningsfält mellan Ämbetsmannen, Väktaren och Kreatören möjligtvis kan leda till en mer mångtydig och individuellt präglad föreställning om underrättsdomarens rättstillämpande roll, vilket skulle kunna medföra större variationer i hur underrättsdomare förstår, tolkar och tillämpar rätten i praktiken. Denna utveckling skulle sedermera kunna innebära ökade friktioner mellan underrättsdomare, men även ökade slitningar inom en och samma underrättsdomare som alltid måste ta ställning till och positionera sig i spänningsfältet när hen utövar den rättstillämpande rollen.

Redan idag kan vi utifrån vissa av datasegmenten i den insamlade intervjudatan se en antydan till att underrättsdomare upplever en viss slitning eller konflikt mellan olika föreställningar om den rättstillämpande rollens innebörd, vilket kan leda till en viss osäkerhet inför eller press hos underrättsdomare att balansera de olika föreställningarna i spänningsfältet. Ett exempel på detta kommer till uttryck i ett datasegment från intervjun med IP2, som indikerar att IP2 upplever sig pressad att balansera idealet om att främst tillämpa lag och behovet av att beakta allmänna rättsprinciper.[576] Datasegmentet kan även förstås som att IP2 känner en press att balansera mellan Ämbetsmannen som ideal och Väktaren som en utmanare till detta ideal, och därmed även en press att balansera mellan tradition och förändring i det svenska konstitutionella systemet.

Att spänningsfältet eventuellt kan leda till slitningar inom och mellan underrättsdomare, samt att spänningsfältet i framtiden skulle kunna bli ännu starkare, leder till frågan huruvida spänningsfältet är hållbart. Jag föreställer mig att ett starkare spänningsfält nämligen kan försvåra utförandet av underrättsdomarens rättstillämpande roll, eftersom det medför högre krav på att underrättsdomaren kan balansera mellan olika intressen och självreflektion.

Utöver de slitningar och krav som följer av spänningsfältet ska underrättsdomare i sin rättstillämpande roll dessutom förhålla sig till ytterligare krav som exempelvis följer av externa faktorer såsom tidspress och hög

[576] Se avsnitt 4.4 och 7.2.

arbetsbelastning.[577] Risken är att kombinationen av krav medför att underrättsdomarens rättstillämpande roll blir för tung att bära och att färre vill bli underrättsdomare, vilket framstår som särskilt illa sett till att det redan idag rapporteras om svårigheter med domarrekrytering.[578]

Samtidigt framstår spänningsfältet som oundvikligt om det förstås som sprunget ur förändringar i det konstitutionella systemet och en konflikt mellan ideal och rätten i praktiken. Möjligtvis är spänningsfältet även nödvändigt för att underrättsdomarens rättstillämpande roll ska hållas aktuell i en föränderlig omvärld och för att den ska kunna anpassas till olika rättstillämpningsituationer.

Att upplösa spänningsfältet kan mot bakgrund av detta framstå som både svårt och olämpligt. En av framtidens utmaningar bör därför vara att göra spänningsfältet mer hållbart för underrättsdomare, snarare än att försöka motarbeta det.

Hur kan vi underlätta för underrättsdomare som förväntas vara både lagstiftarlojala och självständiga, nationella och europeiska samt effektiva och noggranna? På denna fråga har jag inget fullständigt eller genomarbetat svar. Jag tror dock att ett första steg är att erkänna spänningsfältet som en del av underrättsdomarnas vardag, för att sedan utveckla institutionella och kollegiala stödfunktioner för att hantera det. Härigenom kan det i förlängningen skapas förutsättningar som bidrar till att underrättsdomarens rättstillämpande roll utvecklas på ett sätt som stärker dess förmåga att möta framtidens rättsliga och samhälleliga krav, vilket även kan göra arbetet som underrättsdomare mer attraktivt.

8.4 Uppslag till vidare forskning

Föga förvånande har erfarenheten av att skriva en avhandling lett till slutsatsen att det inom ramen för en avhandling inte är möjligt att fördjupa sig i alla de frågor som uppstår under processens gång. Vissa av dessa frågor har bleknat i

[577] Juriststudent Emil Johnsson har under våren 2023 utfört en enkätundersökning om ordinarie domares arbetsförhållanden vid Sveriges tingsrätter och förvaltningsrätter. Totalt svarade 548 ordinarie domare verksamma vid tings- eller förvaltningsrätt på enkäten. En rapport baserad på enkätundersökningen har publicerats på Domareförbundets hemsida. Av rapporten framgår bland annat att 46 % av respondenterna ”inte anser att de har tillräckligt med tid och tillräckliga resurser för att fullgöra sina arbetsuppgifter på ett bra sätt”. Medan 34,2 % av de svarande har angett att de anser sig ha tillräckligt med tid, se Domareförbundet, rapport, 2024, s. 17–18. Att tiden är begränsad vid underrätterna har även kommit till uttryck i den insamlade intervjudatan som samlats in inom ramen för den studie som presenteras i denna avhandling. Exempel på datasegment där detta kommer till uttryck framgår av nästföljande avsnitt 8.4.

[578] Se Sveriges Domstolar, Årsredovisning 2024, s. 99.

takt med att arbetet fortskridit. Andra har dock stannat kvar, eftersom de enligt min bedömning skulle kunna bidra med ytterligare och fördjupad kunskap om underrättsdomarens roll i det konstitutionella systemet om de blev föremål för närmare belysning. Några av dessa senare frågor presenteras i det följande. Hur fruktbara eller genomförbara dessa forskningsuppslag är lämnas emellertid till läsaren att avgöra.

I denna studie har jag inte valt att undersöka huruvida föreställningarna om underrättsdomarens rättstillämpande roll skiljer sig mellan domare verksamma i tingsrätt respektive förvaltningsrätt, inte heller om rollföreställningarna kan variera med underrättsdomares ålder. Mot bakgrund av slutsatsen att variationen i rollföreställningarna kan förstås i ljuset av traditionella ideal, förändrade institutionella och konstitutionella förutsättningar samt rätten i praktiken, hade det dock varit av intresse att studera om och i vilken mån rollföreställningarna faktiskt skiljer sig åt mellan olika domstolsslag och åldersgrupper.[579] En sådan studie hade kunnat bidra till att pröva och ytterligare precisera de slutsatser som dras i denna studie.

Ett annat forskningsuppslag som väckts mot bakgrund av den insamlade intervjudatan i studien rör eventuella skillnader i föreställningen om den rättstillämpande rollens innebörd mellan domare verksamma i olika domstolsinstanser. I ett datasegment som citerats under det tredje undertemat för Kreatören, *rättsskapande och rättsutveckling som ett första steg mot prejudikatbildning*, har IP10 gett uttryck för uppfattningen att domarna i hovrätterna uppfattar sig ha en mer bevakande, försiktig och konservativ rättstillämpande roll jämfört med tingsrättsdomarna som tar ut ”svängarna” mer i sin rättstillämpning.[580] Motsvarande uppfattning, men avseende skillnaden mellan förvaltningsrättsdomare och kammarrättsdomare, har under samma undertema för Kreatören även uttryckts i ett citerat datasegment från IP13.

Mot bakgrund av dessa datasegment hade det varit intressant att undersöka om det ligger något i IP10:s och IP13:s uppfattningar och således om föreställningarna om innebörden av den rättstillämpande rollen kan skilja sig åt

[579] Ställvik har uttryckt att det i större utsträckning var yngre domare som, i den intervjuundersökning han genomförde i sin avhandling, uttryckte en öppenhet inför domarrollens mer subjektiva inslag, Ställvik, 2009, s. 243. Mot bakgrund av detta framstår ålder också som en relevant jämförelsefaktor. Lindholm, Derlén och Naurin har i en studie även visat att justitieråd som tagit examen från juristutbildningen efter europeiseringen av det svenska rättssystemet, som följde på EU-medlemskapet och inkorporeringen av Europakonventionen, har en större benägenhet att hänvisa till utomnationella rättskällor jämfört med dem som tagit examen tidigare. I ljuset av detta resultat framstår också ålder, eller i vart fall år för examen, som en relevant jämförelsefaktor, se Lindholm, Derlén och Naurin, 2025, s. 134–135.

[580] Se avsnitt 6.4.

mellan domare i olika domstolsinstanser. Härigenom skulle fördjupad kunskap om innebörden av underrättsdomarens rättstillämpande roll, men även förhållandet mellan den rättstillämpande rollen i olika domstolsinstanser, kunna skapas.

Den forskning som presenterats i denna avhandling har fokuserat på föreställningen av underrättsdomarens rättstillämpande roll i det konstitutionella systemet och dess förhållande till den nationella lagstiftaren. Sett till rättssystemet i stort har dock underrättsdomaren även fler roller än de som berörts i denna avhandling. Utifrån den intervjudata som samlats in har jag, utöver de rollföreställningar som presenterats i avhandlingen, i vart fall kunnat påbörja en tematisering av två ytterligare föreställningar om roller som underrättsdomaren har i det svenska rättssystemet. Dessa har inte utgjort en del av denna studies resultat, eftersom de inte har en lika tydlig koppling till det konstitutionella systemet eller förhållandet till den nationella lagstiftaren, och bör enbart betraktas som skisser eller utkast till potentiella föreställningar.[581]

Den första av dessa två skisser till rollföreställningar har jag valt att kalla för *Ekonomen*. Ekonomen illustrerar en föreställning om att underrättsdomarens roll huvudsakligen går ut på att avgöra mål effektivt:

> //[IP10]: Tiden är väldigt begränsad på en allmän avdelning på tingsrätt. Arbetssituationen är helt annorlunda i tingsrätt jämfört med förvaltningsrätt. Jag har jobbat i båda.
>
> I förvaltningsrätten får ofta rättsfrågorna en mer framträdande roll än vad de får på tingsrätten. Nu pratar jag om tillämpningen av lagregler. Det som framför allt får betydelse på en tingsrätt är egentligen bevisvärderingsfrågor som mycket hamnar i förgrunden i brottmål, men även i tvistemål. Vem bevisbördan ligger på. Det är mycket där bedömningen ligger och det är en oerhörd tidspress på tingsrätten. För någon vecka sedan var jag inplanerad på huvudförhandling 14 dagar i rad. Det är inte särskilt mycket tid att sitta och knäcka på saker, utan fokus i tingsrätt är väl mycket att avgöra målen fort, sedan får väl hovrätten överpröva.//

[581] Däremot utesluter jag inte att dessa roller skulle kunna påverka innebörden av underrättsdomarens rättstillämpande roll i det konstitutionella systemet eller underrättsdomarens förhållande till den nationella lagstiftaren. Exempelvis finns det datasegment som ger uttryck för att tidspress kan påverka vilka rättskällor som underrättsdomare använder sig av, vilket i sig skulle kunna påverka förhållandet till den nationella lagstiftaren. IP10 har bland annat uttryckt ”att när tiden är knapp så blir det lätt att det blir just kanske prejudikat som man tittar framför allt på, snarare än att man sitter och läser litteratur eller förarbeten.”

//[IP12]: Våra domar blir aldrig prejudicerande på något sätt. Vi har till skillnad från de andra instanserna skyldighet att besvara alla mål som kommer in till oss. I både kammarrätt och Högsta förvaltningsdomstolen är det krav på prövningstillstånd i de allra flesta måltyper. Så vårt ansvar där handlar mer om att kunna leverera svaret i en rimlig tid egentligen, så att man inte får vänta oskäligt länge. Men naturligtvis också att i ett sådant tidigt skede som möjligt fånga upp nya rättsfrågor som skulle behöva belysning även av överinstanserna. Att fånga dem tidigt och föra de målen framåt. Det är en aspekt i det hela.//

Den andra rollföreställningen har jag valt att ge namnet *Tvistelösaren,* eftersom den illustrerar en föreställning om att underrättsdomaren primärt har en konflikt- eller tvistelösande roll som går ut på att parterna i ett mål ska komma överens samt känna sig nöjda och sedda. Tvistelösaren belyser härmed underrättsdomarens roll i relation till parterna på ett sätt som inte Ekonomen eller de tre rollföreställningarna som presenterats i denna avhandling gör.

Skissen till den föreställning som Tvistelösaren illustrerar har i intervjudatan bland annat kommit till uttryck i ett datasegment från IP20 där hen uttrycker att domen i ett mål i underrätt inte behöver vara materiellt riktig i rättsligt hänseende, om parterna i målet är överens om något annat:

//[IP20]: Jag tror att man i underrätterna väldigt mycket dömer fel, men det stannar. Det är inga som klagar på det. Man kan känna att åklagaren och försvaren kan vara överens om hur man ska se på en viss situation. Då kan jag veta att åklagaren begär ett lägre fängelsestraff än vad som brukar utgå enligt praxis. Åklagaren tycker inte att det här är värt mer och det tycker inte försvaret heller. De är överens. Då går inte jag utöver det. Då stannar det där.//

Andra datasegment som potentiellt skulle kunna vara ett uttryck för Tvistelösarens föreställning består av segment där intervjupersonerna ger uttryck för att det huvudsakliga intresset vid domskrivning är att parterna förstår domen och upplever sig bemötta av domstolen. En intervjuperson som gett uttryck för detta är IP19:

//[ML]: Vem skriver man domen för skulle du säga?

[IP19]: Man skriver för parterna oftast. Jag tänker mest att jag skriver för parterna. Ibland skriver man faktiskt också för allmänheten och för media, om det är ett uppmärksammat mål. Ibland tänker jag kanske lite att jag skriver för hovrätten också, om det är någon konstig fråga. För att de ska förstå varför hon har gjort så här om det blev överklagat. Men i första hand för parterna skulle jag säga.

[ML]: Skiljer sig sättet du skriver dom på beroende på vem du ser som den primära mottagaren om man säger?

[IP19]: Ja, litegrann gör det nog det faktiskt.

[ML]: På vilket sätt?

[IP19]: Om jag bara skriver för parterna skriver jag enklare, utan onödiga krusiduller.

[ML]: Påverkas vad du tar med i domskälen av vem du ser som den primära mottagaren?

[IP19]: Ja, det gör det nog på samma sätt. Om det är enskilda parter som har lagt väldigt mycket krut på någonting som egentligen är irrelevant tycker jag att man i alla fall ska bemöta det av artighetsskäl.

Jag vet att den gamla tidens domare tyckte att det som inte har relevans inte behöver tas upp i domen, men det tycker jag blir konstigt. Då kan parterna känna att jag inte har hört vad de har sagt. Jag tycker att det är viktigt att parterna får känna igen sin talan i domen och förstå att domstolen har hört och bedömt det som de har sagt.//

Även om Ekonomen och Tvistelösaren endast är skisser till potentiella rollföreställningar vill jag lyfta dem här, eftersom de åskådliggör att det givetvis finns fler föreställningar om och dimensioner i underrättsdomarens roll i rättssystemet än de som jag belyser genom Ämbetsmannen, Väktaren och Kreatören. Jag vill härmed peka på att det finns mer att utforska när det kommer till underrättsdomarens roll. Ett fortsatt utforskande av underrättsdomarens roll i rättssystemet mer generellt kan också bidra till en vidare förståelse för hur underrättsdomarens rättstillämpande roll i det konstitutionella systemet förhåller sig till andra roller som underrättsdomaren har.

8.5 Slutord

Min förhoppning är att den studie som presenteras här bidrar med ny kunskap om underrättsdomarens rättstillämpande roll i det konstitutionella systemet och dess förhållande till den nationella lagstiftaren. Studien har syftat till att belysa underrättsdomares rollföreställningar bortom förenklade beskrivningar och att bidra med en mer nyanserad bild av hur den rättstillämpande rollen kan förstås av dem som praktiserar den.

Genom att studien har synliggjort att underrättsdomares föreställningar om sin rättstillämpande roll varierar och att variationerna och relationerna mellan föreställningarna kan förstås i ljuset av traditionella ideal, institutionella och konstitutionella förutsättningar, samt rätten i praktiken betraktar jag det övergripande syftet med studien som uppfyllt.

Som framgått av de föregående avsnitten öppnar studien även upp för nya frågor och visar på behovet samt möjligheten till fortsatt forskning. Såväl kunskapen om underrättsdomarens rättstillämpande roll, som föreställningarna om rollen, kan härmed betraktas vara i fortsatt rörelse.

”Bryt upp, bryt upp! Den nya dagen gryr.
Oändligt är vårt stora äventyr!”
(Karin Boye, *I rörelse,* 1927)

Bilaga 1: Intervjuguide

Inledning

Inledningsvis presenteras projektet och syftet med intervjun för intervjupersonen. Intresseområdet för intervjun presenteras. Information ges om samtycke, konfidentialitet, genomförandet av intervjun och hur informationen från intervjun kommer att användas m.m. Intervjupersonen tillfrågas om denne samtycker till att delta i studien och om denne har några frågor innan intervjun börjar.

Avsedda teman och exempel på frågor

1. Frågor om intervjupersonen och dennes bakgrund
    - Vilken kategori av domare tillhör du?
    - Kan du berätta om din väg till domaryrket?
    - Hur länge har du arbetat som domare?
    - Finns erfarenhet från andra domstolsslag och instanser?
    - Hur mycket arbetar du med dömande arbetsuppgifter i din nuvarande tjänst?
2. Allmänt om metod
    - Hur anser du att en domare i tings-/förvaltningsrätten ska göra vid rättstillämpning?
    - Hur får man inte göra vid rättstillämpning?
    - Eventuella uppföljningsfrågor:
        - Hur brukar du gå till väga vid rättstillämpning? Du kan utgå från hur du går till väga vid ett specifikt ärende om du så vill. Beskriv hur du gör!
        - Överensstämmer tillvägagångssättet med hur du uppfattar att rättstillämpning ska utföras?
3. Bruk av rättskällor
    - Vad uppfattar du som rättskällor som du *ska* beakta?
    - Vad uppfattar du som rättskällor som du *bör* beakta?

- Vad ryms inom rätten när du ska komma fram till vad som är gällande rätt i ett enskilt fall? Vad ska/kan du beakta respektive vad kan du inte beakta?
- Eventuella uppföljningsfrågor:
    - Ev. gå in på vissa rättskällor (förarbeten, praxis, allmänna rättsprinciper, europarätt, doktrin, etc.)
    - Vad menar du när du säger doktrin/förarbeten/praxis/principer etc.?
    - Hur anser du t.ex. att du ska förhålla dig till lagstiftarens intentioner? När får t.ex. ett tydligt förarbetsuttalande ge vika till förmån för något annat?
    - Du har pratat om källa X, men har inte nämnt källa Y. Vad beror det på?
    - Vilka källor brukar du vanligtvis använda för att ta reda på gällande rätt?
    - Hur brukar du använda dessa källor?
    - Vad avgör vilka rättskällor som används?
    - Finns det alltid tillräcklig vägledning i rättskällorna?
    - Om det var en praktisk möjlighet, skulle du vilja att det fanns fullständig vägledning i rättskällorna?

4. Svåra fall

- Har du upplevt någon situation då rättstillämpningen varit särskilt svår, komplicerad eller problematisk?
- Kan du ge exempel på ett enkelt respektive ett svårt fall av rättstillämpning?
- Uppstår sådana situationer ofta? Är rättstillämpningen oftast enkel eller svår?
- Hur ska man som domare i tings-/förvaltningsrätt gå till väga när sådana situationer uppstår?
- Hur får man inte göra?
- Finns det andra exempel på när rättstillämpningen är särskilt svår?
- Eventuella uppföljningsfrågor:

- Om det uppstår svårigheter att fastställa vad som är gällande materiell rätt i ett enskilt fall, vilken tyngd uppfattar du att de olika rättskällorna ska ges i bedömningen? (Lag, förarbeten, praxis, doktrin, allmänna rättsprinciper, sedvana, reella hänsyn etc.)
- Hur ska/bör du gå till väga när t.ex. rättskällor kolliderar?
- Hur ska/bör du gå till väga när lagstiftningen uttryckligen lämnar utrymme för din bedömning (t.ex. ramlag, vag lag, etc.)?
- Hur ska/bör du gå till väga när det inte finns någon tillämplig lagstiftning?
- Tingsrätts/förvaltningsrättsdomarens roll att ta hänsyn till samhällets förändring?

5. Domarens utrymme

- Uppfattar du att det finns ett utrymme vid utförandet av den rättstillämpande uppgiften i tings-/ förvaltningsrätt att själv fylla ut rätten/rättskällorna?
- Händer det att rättskällorna ger utrymme för att komma fram till olika slutsatser i vad som är materiell rätt i ett enskilt fall/ger rättskällorna utrymme för att komma fram till olika slutsatser? Hur ofta händer det?
- Uppfattar du att det finns utrymme för värdering i rättstillämpningen?
- Rör det sig om en konflikt mellan rättskällor eller rör det sig om ett vakuum som gör att du måste göra en bedömning för att komma fram till vad som är gällande rätt i ett enskilt fall?
- Hur anser du att man som rättstillämpare i tings-/förvaltningsrätt ska agera inom detta utrymme?
- Hur får man inte göra?
- Eventuella uppföljningsfrågor:
    - När uppstår sådant utrymme?
    - Hur stort är utrymmet?
    - Kan du berätta om en situation då sådant utrymme uppstått?
    - Hur brukar du gå till väga vid sådana situationer?

6. Domskrivning

- Hur ska man som domare i tings-/förvaltningsrätt gå till väga vid domskrivning?

- Vad ska tas med i domskälen och vad kan lämnas utanför?
- Hur får man inte göra?
- Kan du beskriva så detaljerat som möjligt hur det går till vid domskrivning?
- Eventuella uppföljningsfrågor:
    - Ska det som tas med i domen motsvara de källor och resonemang som förts inför fattandet av domslut?
    - Vad är det som avgör vad som tas med i domskälen och vad som lämnas utanför?
    - Hur ska bedömningar, värderande moment och val hanteras vid domskrivning?

7. Tings- och förvaltningsrättsdomaren i jämförelse

- Skiljer sig förutsättningarna för rättstillämpningen i tingsrätt/förvaltningsrätt sig åt från förutsättningarna i hovrätt/kammarrätt?
- Skiljer sig domarrollen i tingsrätt/förvaltningsrätt sig åt från domarrollen i hovrätt/kammarrätt?
- Skiljer sig domarrollen i tingsrätt från domarrollen i förvaltningsrätt (eller vice versa)?
- Eventuella uppföljningsfrågor:
    - Hur då?
    - Skiljer sig metoden för rättstillämpning åt?

8. Avslutning/uppföljning

- Har den här intervjun gett upphov till några nya tankar och reflektioner hos dig om utförandet av rättstillämpning eller domarrollen i tingsrätt/förvaltningsrätt?
- Finns det något som du vill tillägga eller förtydliga innan vi avslutar?
- Skulle du kunna ställa upp på en uppföljande intervju? Går det bra att jag hör av mig igen?

Summary

The role of lower-court judges in legal application in the Swedish constitutional system is complex. The written constitutional law provides only limited guidance regarding the precise scope of this role and its relationship to the national legislator, while in practice judges are required to make decisions in situations where, for example, democratic principles and principles related to the rule of law may conflict. Despite this, there is a substantial lack of knowledge about how lower-court judges themselves understand and perceive their role in legal application and its relationship to the role of the legislator in the constitutional system. This gap is significant because judges' conceptions in this matter are likely to influence how they interpret and apply the law, which, by extension, can shape a deeper understanding of the lower-court judges' position within the constitutional system. This study therefore aims to address this knowledge gap.

The overall aim of the study is to illuminate and deepen the understanding of lower-court judges' conceptions of their role in legal application, with particular focus on the role's relationship to the role of the national legislator in the constitutional system. Drawing on an interview-based research design, the study examines how lower-court judges in Sweden articulate their understanding of their role. Through a thematic analysis of the interview material, three ideal-type roles in legal application are constructed, each reflecting a distinct role conception expressed in the data. These role conceptions are subsequently analysed in relation to institutional and constitutional conditions, as well as prior discussions on the Swedish judicial role, in order to illuminate and deepen the understanding of how these conceptions may be rendered intelligible and meaningful within the aforementioned contexts. The role conceptions are also compared to identify similarities, differences, and potential tensions, thereby clarifying their internal variation and mutual relationships.

The thesis is divided into three parts, comprising eight chapters in total. *Part I*, chapter 1–3, presents the introductory parts of the study. *Chapter one* introduces the research problem, the overall aim, the existing state of research, and the study's contribution to knowledge. It also presents a clarification of the key actor concepts employed in the study, namely the lower-court judge and the national legislator. The term lower-court judge refers to a legally qualified, permanently appointed judge serving in a district court or an administrative court, whereas the term national legislator is used broadly to denote national actors who, under the Swedish Instrument of Government, are empowered to enact legally binding regulations.

Chapter two provides an account of the main features of the study's contextual background. The purpose of this chapter is to offer the reader an understanding of the broader setting within which the study has emerged, as well as a point of departure for the continued reading of the thesis. The chapter describes the court system and the principle that the primary responsibility for administering justice lies at the first-instance level. This institutional design assigns lower-court judges extensive responsibility for the administration of justice, much of which is exercised by a single judge. Against this backdrop, examining how lower-court judges perceive their role in legal application and its relationship to the role of the national legislator is particularly important. The chapter also outlines constitutional functions assigned to judges by, for example, the Instrument of Government, including provisions on judicial independence and autonomy. These constitutional conditions both enable and constrain the judge's role in legal application, potentially generating tensions in practical decision-making while leaving room for the judge's own assessment. The chapter further provides an overview of discussions since the mid-1990s concerning the Swedish judicial role, highlighting debates about the traditional weakness of the judge relative to the legislator, as well as claims that the role has been strengthened over time. These discussions raise questions of both theoretical and practical interest: What characterises the Swedish judicial role? Has it changed over time, and if so, in what ways? How does it relate to the role of the national legislator? While this study does not aim to empirically answer all of these questions, they were the initial points of departure that sparked the interest in the topic of the research.

Chapter 3 introduces the study's theoretical and methodological framework. Epistemologically, the study is conceived as a meaning-making process, with knowledge seen as constructed and situated rather than objective or universal. The role in legal application is treated as an abstract and complex phenomenon, and the study employs a theoretical tool to translate the role into qualitatively observable expressions. This tool guides both the development of the interview guide and the subsequent coding, interpretation, and thematic analysis of interview data. The tool is based on the assumption that judges' perceptions, values, and reflections regarding sources of law, and how the role should, may, or must not be performed, reflect different conceptions of their role in legal application.

Methodologically, the study combines semi-structured interviews with 20 lower-court judges and thematic analysis of the resulting data. The ideal-type roles constructed through this analysis form the basis for an empirically driven investigation, examining how these role perceptions can be understood in relation to institutional and constitutional conditions and prior debates on the

Swedish judicial role. Being empirically driven, the study does not depart from a predetermined theory about which conditions or discussions are relevant; rather, they are identified based on the interview data and the study's overarching aim. A comparative analysis is subsequently conducted to examine similarities, differences, and potential tensions among the role conceptions, clarifying their internal variation and interrelationships.

Part II, chapters 4–6, presents the three constructed ideal-type roles in legal application, each in its own chapter: *The Civil Servant*, *The Guardian*, and *The Creator*. Each chapter includes a concluding subsection analysing the role in relation to institutional and constitutional conditions, as well as prior debates on the Swedish judicial role.

The Civil Servant, which is presented in *chapter four*, overall illustrates the conception that the judge's primary role is to apply the law as produced by the legislator through the national legislative process. This role conception reflects and emphasises the judge's loyalty to the national legislator, making it difficult for the judge to question or review legislation.

The Guardian, presented in *chapter five*, extends the role conception illustrated by The Civil Servant by emphasising that the judge also bears responsibility for safeguarding the legal system as a whole. This includes upholding rules, principles, values, and normative hierarchies and ensuring that they are reflected in judicial practice. The Guardian can thus adopt a more supervisory stance toward the legislator and shows primary loyalty to the legal system rather than to the legislator.

Finally, The Creator, presented in *chapter six*, illustrates a conception in which the judge's role in legal application can also encompass law-making and law-developing dimensions. The Creator highlights that the judge can perform a complementary law-creating function alongside the national legislator.

Together, these three role conceptions illustrate that lower-court judges hold varied views of their role in legal application and its relationship to the role of the legislator, forming the foundation for the study's subsequent sub-objectives and analysis.

The concluding analysis and discussion of the role conceptions in Part II shows that The Civil Servant can be understood against the backdrop of institutional and constitutional conditions and the separation-of-powers ideals that have long shaped the Swedish constitutional system, particularly the emphasis on popular sovereignty and legislative loyalty expressed in the 1974 Instrument of Government. At the same time, The Civil Servant can be seen as less compatible with today's constitutional order, in which courts have been granted a more active role through, among other things, European Union law

and the European Convention on Human Rights. Accordingly, The Civil Servant can be understood as a historically rooted role conception reflecting a traditional ideal more so than the changed institutional and constitutional conditions currently shaping the role of lower-court judges today.

Regarding The Guardian, the analysis shows that this role conception aligns well with a constitutional system characterised by legal pluralism, normative hierarchies, and increased judicial oversight of the legislator. The Guardian can be understood against the institutional and constitutional changes that have emerged in the Swedish system over recent decades, not least due to Europeanisation. The Guardian can thus be interpreted as a role conception in which the lower-court judge acts as a protector of the legal system's cohesion, rather than primarily as a loyal executor of legislative intent, and as a perception adapted to today's constitutional system.

Finally, the analysis shows that The Creator can be understood as a role conception partially compatible with a constitutional system that emphasises judicial independence and the practical conditions of legal application, while also exposing tensions between formal requirements and the reality of legal practice. The Creator is activated in situations where the law is incomplete, societal changes challenge established solutions, or first-instance adjudication contributes to legal development through the appellate system; a role perception that may appear increasingly relevant in light of Europeanisation and the accompanying demands for interpretive engagement in judicial practice.

Overall, the analysis shows that the role conceptions can be seen as expressions of different ways of relating to the institutional and constitutional conditions shaping the Swedish constitutional system. The analysis also indicates that the conceptions can be seen as reflections of the transformations that the Swedish judicial role has been subject to according to discussions in prior literature.

Part III, chapters 7–8, contains the comparative analysis and final reflections. In the comparative analysis, *chapter seven,* I argue that The Civil Servant can be understood as a historically anchored ideal for the judge's role in legal application, marked by loyalty to the legislator and a view of law as coherent and complete. Since several interviewees expressed discomfort with the views represented by The Guardian and The Creator, The Civil Servant can also be seen as an ideal that judges feel bound to uphold. However, the interview data also suggest that maintaining The Civil Servant as an ideal can be challenging.

Therefore, The Guardian and The Creator can be understood as responses to the difficulties judges face in upholding The Civil Servant ideal in a constitutional system characterised by legal pluralism, normative conflicts, hierarchical norms,

incomplete regulation, and societal change. The Guardian emerges as a challenger to The Civil Servant ideal, reflecting contemporary institutional and constitutional conditions, while The Creator can be seen as an almost inevitable role conception, activated when judges confront legal gaps or societal changes that require more creative adjudication.

In summary, the comparative analysis demonstrates that lower-court judges' conceptions of their role in legal application can be seen as shaped by a tension between tradition, change, and the realities of legal practice. Depending on how judges position themselves within this tension, their role conception may range from primarily serving the national legislator to acting as the legal system's guardian or, to some extent, its co-creator.

The last chapter of the thesis, *chapter eight,* summarizes the conclusions that can be drawn from the study. Altogether, the study shows that lower-court judges' conceptions of their role in legal application vary along a spectrum from strict legislative loyalty to active law-making, and that these variations can be understood in light of traditional ideals, changing institutional and constitutional conditions, and practical legal realities. In this way, the study fulfils its overall aim: by investigating, constructing, analysing, and comparing judges' role conceptions, it provides a progressively deepened and comprehensive understanding of how lower-court judges perceive their role in legal application and its relationship to the role of the national legislator in the constitutional system.

The chapter also offers forward-looking reflections on the role's potential development and suggests directions for future research, emphasising that each research process tends to generate new questions alongside answers. The thesis concludes by encouraging continued scholarly inquiry into the role in legal application of lower-court judges.

Källförteckning

Svenskt offentligt tryck

Betänkanden

1973:KU26 Konstitutionsutskottets betänkande, *med anledning av propositionen 1973:90 med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m.*

1978/79:KU39 Konstitutionsutskottets betänkande, *med anledning av propositionen 1978/79:195 om förstärkt skydd för fri- och rättigheter m.m. jämte motioner.*

Propositioner

Prop. 1971:30 *Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om allmänna förvaltningsdomstolar, m.m.*

Prop. 1971:45 *Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om ändring i rättegångsbalken, m.m.*

Prop. 1973:90 *Kungl. Maj:ts proposition med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m.*

Prop. 1975/76:209 *Om ändring i regeringsformen.*

Prop. 1978/79:195 *Om förstärkt skydd för fri- och rättigheter m.m.*

Prop. 1992/93:216 *Om prövningstillstånd i hovrätt och instansordningen i utsökningsmål.*

Prop. 1993/94:114 *Grundlagsändringar inför ett svenskt medlemskap i Europeiska unionen.*

Prop. 1993/94:117 *Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor.*

Prop. 1993/94:133 *Instansordningen m.m. i de allmänna förvaltningsdomstolarna.*

Prop. 1994/95:27 *Fortsatt reformering av instansordningen m.m. i de allmänna förvaltningsdomstolarna.*

Prop. 1995/96:22 *Tvåpartsprocess m.m. i de allmänna förvaltningsdomstolarna.*

Prop. 2004/05:131 *En modernare rättegång – reformering av processen i allmän domstol.*

Prop. 2007/08:139 *En modernare rättegång – några ytterligare frågor.*

Prop. 2009/10:80 *En reformerad grundlag.*

Prop. 2009/10:181 *Utnämning av ordinarie domare.*

Prop. 2012/13:45 *En mer ändamålsenlig förvaltningsprocess.*

Prop. 2013/14:194 *Skärpt straff för mord.*

Prop. 2024/25:165 *Stärkt skydd för demokratin och domstolarnas oberoende.*

Statens offentliga utredningar

SOU 1972:15 *Ny regeringsform, ny riksdagsordning.*

SOU 1991:106 *Domstolarna inför 2000-talet. Arbetsuppgifter och förfaranderegler. Del A.*

SOU 1993:14 *EG och våra grundlagar.*

SOU 1994:99 *Domaren i Sverige inför framtiden – utgångspunkter för ett fortsatt arbete, Del B.*

SOU 1999:58 *Löser juridiken demokratins problem. Demokratiutredningens skrift nummer 23.*

SOU 2000:1 *En uthållig demokrati! Politik för folkstyrelse på 2000-talet.*

SOU 2000:99 *Domarutnämningar och domstolsledning – frågor om utnämning av högre domare och domstolschefens roll.*

SOU 2007:85 *Olika former av normkontroll. Expertgruppsrapport. Grundlagsutredningens rapport VIII.*

SOU 2008:106 *Ökat förtroende för domstolarna – strategier och förslag.*

SOU 2008:125 *En reformerad grundlag.*

SOU 2017:85 *Rekrytering av framtidens domare.*

SOU 2023:12 *Förstärkt skydd för demokratin och domstolarnas oberoende.*

Övrigt tryck

Domstolsverkets hemställan *Adjungerade råd – ökad flexibilitet och bättre förutsättningar för domarmeritering,* dnr. DOV 2024/1033, 2024-09-05.

Ds 2001:36 *Hovrättsprocessen i framtiden.*

Europeiskt offentligt tryck

Europeiska unionen

Fördrag mellan Europeiska unionens medlemsstater och Konungariket Norge, Republiken Österrike, Republiken Finland och Konungariket Sverige om Konungariket Norges, Republiken Österrikes, Republiken Finlands och Konungariket Sveriges anslutning till Europeiska unionen, undertecknat den 24 juni 1994, EUT C 241 29.8.1994.

Europarådet

Europarådets Venedigkommission, CDL-AD(2011)0003rev-e, *Report on the Rule of Law*, antagen vid kommissionens 86:e plenisession, mars 2011.

Rättspraxis

Högsta domstolen

NJA 1928 s. 88

NJA 1934 s. 515

NJA 1948 s. 188

NJA 1951 s. 39

NJA 1964 s. 471

NJA 1973 s. 423

NJA 1981 s. 1205

NJA 1985 s. 788

NJA 1988 s. 572

NJA 1991 s. 188

NJA 1992 s. 532

NJA 2000 s. 622

NJA 2004 s. 255

NJA 2004 s. 840

NJA 2005 s. 805

NJA 2006 s. 467

NJA 2010 s. 168

NJA 2011 s. 675 I och II

NJA 2012 s. 510

NJA 2012 s. 528

NJA 2013 s. 502

NJA 2016 s. 3.

Högsta domstolens beslut, mål nr. Ö 7177-23, meddelat den 19 februari 2025.

Högsta förvaltningsdomstolen/Regeringsrätten

RÅ 1978 1:29

RÅ 1988 ref. 79

RÅ 1996 ref. 50

RÅ 1997 ref. 65

HFD 2014 ref. 44

HFD 2016 ref. 41

HFD 2018 ref. 46

HFD 2019 ref. 43

Europeiska unionens domstol

Mål 26/62, Van Gend en Loos mot Nederlandse Administratie der Belastingen, EU:C:1963:1.

Mål 41/74, Van Duyn mot Home Office, EU:C:1974:133.

Mål 43/75, Defrenne mot Sabena, EU:C:1976:56.

Mål 106/77, Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Simmenthal SpA (II), EU:C:1978:49.

Mål 14/83, von Colson och Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen, EU:C1984:153

Mål C-106/89, Marleasing SA mot Comercial de Alimentacion SA, EU:C:1990:395.

Förenade målen C-397-403/01, Pfeiffer m.fl. mot Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV, EU:X:2004:584.

Mål C-144/04, Mangold mot Helm, EU:C:2005:709.

Yttrande C-1/09 (plenum), ECLI:EU:C:2019:341.

Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna

Sporrong & Lönnroth mot Sverige (7151/75 & 7152/75), 23 september 1982.

S.L. mot Österrike (45330/99), 9 januari 2003.

Litteratur

Aarnio, Aulis, Philosophical perspectives in jurisprudence, i *Acta philosophica fennica,* vol. 26, Akateeminen Kirjakauppa, Helsingfors, 1983.

Abrahamsson, Olle, EU-medlemskapets influenser på dömandet, i *Svensk juristtidning,* 1999, s. 833–845.

af Malmborg, Mikael, *Den ståndaktiga nationalstaten. Sverige och den Västeuropeiska integrationen 1945–1959,* Lund University Press, Lund, 1994.

Ahlander, Björn, *Om rätt och rättstillämpning. Studier i juridikens idéhistoria och rättstillämpningens teori,* Almqvist & Wiksell, Stockholm, 1952.

Alvesson, Mats och Sköldberg, Kaj, *Tolkning och reflektion. Vetenskapsfilosofi och kvalitativ metod*, upplaga 3, Studentlitteratur, Lund, 2017.

Axberger, Hans-Gunnar, Justitieombudsmannen, tryckfriheten och maktdelningen, i Brudin och Isberg (red.), *Maktbalans och kontrollmakt*, Sveriges riksdag, 2009, s. 415–451.

Axberger, Hans-Gunnar, Rättigheter (del II av II). Sverige och MR, i *Svensk juristtidning,* 2018, s. 849–875.

Bell, John, *Judiciaries within Europe. A Comparative Review,* Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

Bengtsson, Bertil, Om domstolarnas lagprövning, i *Svensk juristtidning*, 1987, s. 229–247.

Bergholtz, Gunnar, *Ratio et Auctoritas*, Skrifter utgivna av Juridiska föreningen i Lund (88), Juridiska föreningen i Lund, Lund, 1987.

Bergman Blix, Stina och Wettergren, Åsa, A sociological Perspective on Emotions in the Judiciary, i *Emotion Review,* vol. 8, nr. 1, 2016, s. 32–37.

Bergman Blix, Stina och Wettergren, Åsa, The Emotional Interaction of Judicial Objectivity, i *Oñati Socio-Legal Series,* vol. 9, nr. 5, 2019, s. 726–746.

Bernitz, Ulf, Gemenskapsrätten och lagförarbeten*,* i *Juridisk Tidskrift*, nr. 3, 2000/01, s. 698–703.

Bernitz, Ulf, *Sverige och europarätten,* Norstedts Juridik, Stockholm, 2002.

Bernitz, Ulf, Rättighetsskyddets genomslag i svensk rätt – konventionsrättsligt och unionsrättsligt, i *Juridisk Tidskrift,* nr. 4, 2010/11, s. 821–845.

Bernitz, Ulf, *Europarättens genomslag,* Norstedts Juridik, Stockholm, 2012.

Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder,* upplaga 7, Norstedts Juridik, Stockholm, 2022.

Bickel, Alexander M., *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics,* upplaga 1, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1962.

Bladini, Moa, *I objektivitetens sken - en kritisk granskning av objektivitetsideal, objektivitetsanspråk och legitimeringsstrategier i diskurser om dömande i brottmål*, Makadam Förlag, Göteborg, 2013.

Bourdieu, Pierre, *Outline of a theory of practice,* Cambridge University Press, Cambridge, 1977.

Bourdieu, Pierre, The force of Law: Toward a Sociology of the Judicial Field, i *The Hastings Law Journal,* vol. 38, 1987, s. 814–853.

Bourdieu, Pierre, *The Logic of Practice,* Polity Press, Cambridge, 1992.

Bratt, Percy och Tiberg, Hugo, Domare och lagmotiv, i *Svensk juristtidning*, 1989, s. 407–425.

Braun, Virginia och Clarke, Victoria, Using thematic analysis in psychology, i *Qualitative Research in Psychology*, vol. 3, nr. 2, 2006, s. 77–101.

Braun, Virginia och Clarke, Victoria, (Mis)conceptualising themes, thematic analysis and other problems with Fugard and Potts' (2015) sample-size tool for thematic analysis, i *International Journal of Social Research Methodology,* vol. 19, nr. 6, 2016, s. 739–743.

Braun, Virginia och Clarke, Victoria, Reflecting on reflexive thematic analysis, i *Qualitative Research in Sport, Exercise and Health,* vol. 14, nr. 4, 2019, s. 589–597.

Braun, Virginia och Clarke, Victoria, One size fits all? What counts as quality practice in (reflexive) thematic analysis?, i *Qualitative Research in Psychology,* vol. 18, nr. 3, 2021, s. 328–352.

Braun, Virginia och Clarke, Victoria, *Thematic Analysis. A Practical Guide,* Sage Publications, London m.fl., 2022.

Brännström, Leila, *Förrättsligande. En studie av rättens risker och möjligheter med fokus på patientens ställning,* Bokbox Förlag, Malmö, 2009.

Bull, Thomas, Om domstolarnas roll i demokratin - fågel, fisk eller mittemellan? - del I, i *Juridisk Tidskrift*, 1999/2000, s. 794–807.

Bull, Thomas, Om domstolarnas roll i demokratin – fågel, fisk eller mittemellan – del II, i *Juridisk Tidskrift*, 2000/2001, s. 26–47.

Bull, Thomas och Sterzel, Fredrik, *Regeringsformen – En kommentar,* upplaga 9, Studentlitteratur, Lund, 2023.

Burr, Vivien, *An Introduction to Social Constructionism,* Routledge, London, 1995.

Carlsson, Mia, Förarbeten, i *Finna rätt: Juristens källmaterial och arbetsmetoder,* upplaga 16, Norstedts Juridik, Stockholm, 2023, s. 125–153.

Cappelletti, Mauro, Judicial Review in Comparative Perspective, i *California Law Review,* vol. 58, nr. 5, 1970, s. 1017–1053.

Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

Charmaz, Kathy, *Constructing Grounded Theory,* upplaga 3, Sage Publications, London, 2025.

Claes, Monica, *The National Courts' Mandate in the European Constitution,* Hart Publishing, Oxford, 2006.

Crafoord, Clarence, Normprövning och Europakonventionen, i *Svensk juristtidning,* 2007, s. 862–881.

Croon, Adam, Sedvanerätten och rättskälleläran – ett rättshistoriskt perspektiv på frågan om relationen mellan tolkning och tillämpning av normer som härrör ur privat rättsbildning, i *Svensk juristtidning,* 2023, s. 116–137.

Derlén, Mattias och Lindholm, Johan, Judiciell aktivism eller prejudikatbildning? En empirisk granskning av Högsta domstolen, i *Svensk juristtidning*, 2016, s. 143–158.

Derlén, Mattias, Lindholm, Johan och Naarttijärvi, Markus, *Konstitutionell rätt*, upplaga 3, Norstedts Juridik, Stockholm, 2025.

Diesen, Christian, *Lekmän som domare,* Juristförlaget, Stockholm, 1996.

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, upplaga 3, Tanum – Norli, Oslo, 1980.

Edwards, Rosalind och Holland, Janet, *What is Qualitative Interviewing?*, Bloomsbury Academic, London, 2013.

Eka, Anders, Domstolarna i samhället, i Wersäll m.fl. (red.), *Svea hovrätt 400 år*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2014, s. 369–395.

Eka, Anders, Domstolars deltagande i Pridefestivalen – en inte alldeles enkel fråga, i *Svensk juristtidning,* 2019, s. 348–353.

Ekelöf, Per Olof, Teleological Construction of Statutes, i *Scandinavian Studies in Law,* vol. 2, 1958, s. 75–117.

Ekelöf, Per Olof och Edelstam, Henrik, *Rättsmedlen,* upplaga 12, Iustus Förlag, Uppsala, 2008.

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Heuman, Lars och Pauli, Mikael, *Rättegång. Första häftet,* upplaga 9, Wolters Kluwer, Stockholm, 2016.

Eklund, Hans, Rättsbildning i en ny miljö - hur har domstolarnas roll och betydelse förändrats?, i *Svensk juristtidning*, 2004, s. 205–228.

Eklycke, Lars, Funktionsfördelningen tingsrätt-hovrätt, i Wersäll m.fl. (red.), *Svea hovrätt 400 år*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2014, s. 163–173.

Eliason, Marianne, Rättsuppfattning, rättskällor och rättsbildning, i *Svensk juristtidning,* 2004, s. 291–295.

Eriksson, Per, Den svenske domarens (o)självständighet, i *Ratio Omnia vincit. En vänbok till Tryggve Hellners,* Hovrätten för Skåne och Blekinge, 1998, s. 99–115.

Finer, S.E., Bogdanor, Vernon och Rudden, Bernard, *Comparing Constitutions,* Clarendon Press, Oxford, 1995.

Fish, Stanley, *Doing what comes naturally - Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

Fish, Stanley, *Is there a text in this class? The authority of interpretive communities*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1980.

Fitger, Peter, Sörbom, Monica, Eriksson, Tobias, Hall, Per, Palmkvist, Ragnar och Renfors, Cecilia, *Rättegångsbalken*, version 98, JUNO, Norstedts Juridik, Stockholm, publicerad digitalt 2025.

Frändberg, Åke, *Om analog användning av rättsnormer,* Norstedt & Söners Förlag, Stockholm, 1973.

Frändberg, Åke, Rättsordningen och rättstillämpningen, i Jareborg (red.), *Rättsordningens idé. En antologi i allmän rättslära,* Iustus Förlag, Uppsala, 2005(1), s. 29–62.

Frändberg, Åke, Rättsstatens organisation, i Jareborg (red.), *Rättsordningens idé. En antologi i allmän rättslära,* Iustus Förlag, Uppsala, 2005(2), s. 265–295.

Fura-Sandström, Elisabeth, Rättsbildning i en ny miljö - hur har domstolarnas roll och betydelse förändrats?, i *Svensk juristtidning*, 2004, s. 263–269.

Fura, Elisabet, En offensiv Högsta domstol, i *Svensk juristtidning,* 2014, s. 101–104.

Ginsburg, Tom, *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases,* Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

Grotander, Carl-Gustaf, Underrättsdomarens yrkesroll, i Agell (red.), *Rättsutvecklingen och de juridiska yrkesrollerna. Föredrag och diskussioner vid juridiska fakulteten vid Uppsala universitet,* symposium 2–4 februari 1977*,* Uppsala, 1977, s. 69–79.

Guarnieri, Carlo och Pederzoli, Patrizia, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy,* Oxford University Press, Oxford, 2002.

Gustafsson, Håkan, *Dissens. Om det rättsliga vetandet,* upplaga 2, Iustus Förlag, Uppsala, 2021.

Hallström, Pär, Att jämföra konstitutioner, i *Svensk juristtidning,* 2010, s. 574–587.

Haraway, Donna, Situated Knowledges: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective, i *Feminist Studies,* Höst, vol. 14, nr. 3, 1988, s. 575–599.

Harding, Sandra, *Whose Science? Whose Knowledge? Thinking from Women´s Lives,* Cornell University Press, New York, 1991.

Hart, H. L. A., *The Concept of Law,* upplaga 3, Oxford University Press, Oxford, 2012.

Heckscher, Sten, Juristerna och makten, i Wersäll m.fl. (red.), *Svea hovrätt 400 år*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2014, s. 409–418.

Heidbrink, Jakob, Sedvanans betydelse i modern förmögenhetsrätt, i *Svensk juristtidning,* 2020, s. 770–784.

Hellner, Jan, *Rättsteori. En introduktion,* upplaga 2, Norstedts Juridik, Stockholm, 1994.

Hellner, Jan, *Metodproblem i rättsvetenskapen. Studier i förmögenhetsrätt,* Jure Förlag, Stockholm, 2001.

Hesselink, Martijn, A European Legal Method? On European Private Law and Scientific Method, i *European Law Journal,* vol. 15, nr. 1, 2009, s. 20–45.

Hessler, Henrik, Ett spörsmål om lagstiftning inom fastighetsrätten, i *Svensk juristtidning*, 1957, s. 241–248.

Hettne, Jörgen, *Rättsprinciper som styrmedel. Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol,* Norstedts Juridik, Stockholm, 2008.

Hirschfeldt, Johan, Domstolar och domare i Sverige – ett utvecklingsperspektiv på domstolar och domare från mitten av förra seklet till idag, i Wersäll m.fl. (red.), *Svea hovrätt 400 år*, Stockholm, Norstedts Juridik, 2014, s. 119–150.

Hirschl, Ran, The Nordic counternarrative: Democracy, human development, and judicial review, i *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, nr. 2, 2011, s. 449–469.

Hjertstedt, Mattias, *Tillgången till handlingar för brottsutredare. En rättsvetenskaplig studie av beslag med husrannsakan, myndigheters utlämningsskyldighet samt editions- och exhibitionsplikt,* Iustus Förlag, Uppsala, 2011.

Hjertstedt, Mattias, Beskrivningar av rättsdogmatisk metod. Om innehållet i metodavsnitt vid användning av ett rättsdogmatiskt tillvägagångssätt, i Mannelqvist, Ingmanson, Ulander-Wännman (red.), *Festskrift till Örjan Edström,* Juridiska institutionen vid Umeå universitet, Umeå, 2019, s. 165–173.

Holm, Fanny, Extraterritorial Justice: Can Swedish Trials Provide Remedies to Victims of Atrocity Crimes?, i *Nordic Journal of Human Rights,* vol. 39, nr. 3, 2021, s. 300–319.

Holmström, Barry, *Domstolar och demokrati. Den tredje statsmaktens politiska roll i England, Frankrike och Tyskland,* Skytteanum, Uppsala, 1998.

Hydén, Håkan, *Normvetenskap,* Sociologiska institutionen vid Lunds universitet, Lund, 2002.

Hägerström, Axel, Om moraliska föreställningars sanning, i *Socialfilosofiska uppsatser,* med inledning av Nordin, Svante, Daidalos, Göteborg, 2010, s. 11–30.

Johannesson, Livia och Weinryb, Noomi, Juridifiering till priset av försvårad styrning inom asylprövningen, i Jacobsson, Pierre och Sundström, (red.), *Granskningssamhället. Offentliga verksamheter under lupp,* Studentlitteratur, Lund, 2019, s. 187–207.

Johansson Klöves, Amanda, *Familjens gränser eller gränser för familjen? En studie av rättsliga ramar och logiker för anhörigmigration till Sverige,* Juridiska institutionen vid Stockholms universitet, Stockholm, 2024.

Jonsson Cornell, Anna, Den komparativa konstitutionella rättens teori och metod – en introduktion, i Jonsson Cornell (red.), *Komparativ konstitutionell rätt,* upplaga 3, Iustus Förlag, Uppsala, 2020, s. 17–39.

Josefsson, Carl, Domstolarna och demokratin. Något om syftet med grundläggande rättigheter, europeiseringens konsekvenser och aktivismens baksida, i *Svensk juristtidning*, 2015, s. 50–71.

Kavanagh, Aileen, The Constitutional Separation of Powers, i Dyzenhaus och Thornburn (red.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law,* Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 221–239.

Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State,* Harvard University Press, Cambridge, 1945.

Kleineman, Jan, Avtalsbundenhet som avtalstolkningsproblem?, i *Juridisk Tidskrift,* 1992/93, s. 523–529.

Kleineman, Jan, Från prejudikatinstans till lagstiftare? Högsta domstolens ökade aktivism, i *Juridisk Tidskrift*, 2014/2015, s. 495–527.

Kleineman, Jan, Rättsdogmatisk metod, i Nääv och Zamboni (red.), *Juridisk metodlära,* upplaga 3, Studentlitteratur, Lund, 2025, s. 25–56.

Kvale, Steinar och Brinkmann, Svend, *Den kvalitativa forskningsintervjun*, upplaga 3:6, Studentlitteratur, Lund, 2019.

Lafont, Christina, Philosophical Foundations of Judicial Review, i Dyzenhaus, och Thornburn (red.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law,* Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 265–280.

Lagerbjelke, Gustaf, *Självständig under lagarna. Essäer om domarrollen,* Nerenius & Santérus Förlag, Stockholm, 1996.

Lambertz, Göran, Träningsmatch i Högsta domstolen, i *Svensk juristtidning*, 1986, s. 225–230.

Lebeck, Carl, Normkonflikter mellan svensk rätt och EKMR – något om kravet på ”klart stöd” i EKMR för att åsidosätta svensk rätt, i *Förvaltningsrättslig tidskrift,* nr. 1, 2014, s. 133–170.

Lebeck, Carl, *Legalitetsprincipen i förvaltningsrätten,* digital upplaga, Norstedts Juridik, Stockholm, publicerad digitalt 2018.

Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, upplaga 14, Iusté, Uppsala, 2022.

Leijon, Karin, *National Courts as Gatekeepers in European Integration: Examining the Choices National Courts Make in the Preliminary Ruling Procedure,* Skrifter utgivna av Statsvetenskapliga föreningen i Uppsala, Acta Universitatis Upsaliensis, Uppsala, 2018.

Leijon, Karin, A Matter of Prescriptive Clarity? Analysing How Swedish Judges' Motives for Action Vary in the Preliminary Ruling Procedure, i *Journal of Common Market Studies,* vol. 62, nr. 2, 2024(1), s. 468–486.

Leijon, Karin, Domstolar, politik och regeringsformen – ett berättigat forskningsfält, i Jonsson Cornell m.fl. (red.), *Regeringsformen 50 år – 1974–2024,* De lege, Iustus Förlag, Uppsala, 2024(2), s. 191–209.

Lenaerts, Koen och Gutiérrez-Fons, José A., The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law, i *Common Market Law Review,* vol. 47, 2010, s. 1629–1669.

Lenaerts, Koen, och Gutiérrez-Fons, José A., *To Say What the Law of EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice,* EUI Working Paper AEL, 2013.

Lerwall, Lotta, Makten över domstolarna – om styrningen av oberoende domstolar, i *Svensk juristtidning*, 2014, s. 597–610.

Lindblom, Per Henrik, Processens funktioner, i Frändberg, Göranson och Håstad (red.), *Festskrift till Stig Strömholm,* Iustus Förlag, 1997, s. 593–632.

Lindblom, Per Henrik, Access to Justice och domstolarnas roll i framtiden, i *Lakimies,* vol. 2, 2002, s. 625–633.

Lindblom, Per Henrik, Domstolarnas växande samhällsroll och processens förändrade funktioner – floskler eller fakta?, i *Svensk juristtidning,* 2004, s. 229–262.

Lindgren, Victoria, *Den goda skattebetalaren. En rättsvetenskaplig studie av det arbetande skattesubjektet åren 1928–2023,* Skrifter från juridiska institutionen vid Umeå universitet, nr. 50, 2024.

Lindholm, Johan, Derlén, Mattias och Naurin, Daniel, The Ideal Justice: Who Are Selected to Serve and What Does It Say about Swedish High Courts?, i *Tidskrift for Rettvitenskap,* vol. 134, nr. 4, 2022, s. 397–431.

Lindholm, Johan, Derlén, Mattias och Naurin, Daniel, A Source-Based Theory of Variation in Judicial Reasoning: Evidence from Sweden, i *Journal of Law and Empirical Analysis*, vol. 2, nr. 1, 2025, s. 121–141.

Locke, John, *Andra avhandlingen om styrelseskicket. En essä angående den civila styrelsens sanna ursprung, räckvidd och mål*, Daidalos, Göteborg, 1996.

Lysén, Göran, Om hur de svenska domstolarna blev självständiga – eller om hur det egentligen var och senare blev!?, i *Svensk juristtidning,* 2020, s. 605–629.

MacCormick, Neil, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth,* Oxford University Press, Oxford, 1999.

Mattsson, Dag, Domarnas makt - domarrollen i ett nytt rättsligt landskap, i *Svensk juristtidning*, 2014, s. 587–596.

McIntyre, Joe, *The Judicial Function. Fundamental Principles of Contemporary Judging,* Springer, Singapore, 2019.

Melin, Mats, Svenska domstolars ställning och roll - om den långa resan på väg mot en tredje statsmakt, i Wersäll m.fl. (red.), *Svea hovrätt 400 år*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2014, s. 429–441.

Melin, Mats och Lindshog, Stefan, Domstolarnas oberoende behöver stärkas, i *Svensk juristtidning*, 2017, s. 345–356.

Melin, Stefan, *Våra domstolar. Organisation och verksamhet m.m.,* Norstedts Juridik, Stockholm, 2012.

Mellqvist, Mikael, Domstolen och dess domare – en essä om skillnader och likheter mellan institution och person, i *Svensk juristtidning,* 2023(1), s. 88–107.

Mellqvist, Mikael, De fanatiska protokollförarna – en kritisk essä rörande ”europeriseringen”, i *Svensk juristtidning,* 2023(2), s. 199–215.

Melton, James och Ginsburg, Tom, Does De Jure Judicial Independence Really Matter? A Reevaluation of Explanations for Judicial Independence*,* i *Journal of Law and Courts,* 2014, s. 187–217.

Michaels, Ralf, Global Legal Pluralism, i *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 5, nr. 1, 2009, s. 243–262.

Modéer, Kjell Åke, Domares oavhängighet i ett historiskt perspektiv, i *Domstolar och rättssäkerheten. Forskardag i Lund den 24 november 1981,* Rättsfonden, 1982, s. 11–27.

Modéer, Kjell Åke, En god domare är bättre än en god lag, i *Svensk juristtidning,* 1987, s. 248–268.

Modéer, Kjell Åke, *Den svenska domarkulturen – europeiska och nationella förebilder*, i SOU 1994:99, Del B, bilaga 20.

Modéer, Kjell Åke, *Juristernas nära förflutna. Rättskulturer i förändring*, Santérus Förlag, Stockholm, 2009.

Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, *The spirit of the laws,* Cohler, Miller och Stone (översatt och red.), Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

Munck, Johan, Rättskällor förr och nu, i *Juridisk Publikation,* jubileumsnummer 2014, s. 199–208.

Nergelius, Joakim, *Konstitutionellt rättighetsskydd. Svensk rätt i ett komparativt perspektiv*, Frites Förlag, Stockholm, 1996.

Nergelius, Joakim, Domstolarna, grundlagen och rättighetsskyddet – några reflektioner kring de senaste årens debatt och praxis, i *Svensk juristtidning,* 1997, s. 426–457.

Nergelius, Joakim, Domstolar och demokrati - Är det dags för maktdelning?, i *Svensk juristtidning*, 2000, s. 545–557.

Nergelius, Joakim, Räcker grundlagsändringar för att stärka domstolarna?, i Wersäll m.fl. (red.), *Svea hovrätt 400 år*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2014, s. 443–471.

Nergelius, Joakim, Domare på vift?, i *Svensk juristtidning,* 2015, s. 85–91.

Nergelius, Joakim, Svensk statsrätt, upplaga 5, Studentlitteratur, Lund, 2022.

Nergelius, Joakim, Domstolarnas lag- och normprövningsrätt i ett (annorlunda) historiskt perspektiv, i Cornell m.fl. (red.), *De lege 2024: Regeringsformen 50 år 1974–2024,* Iustus Förlag, Uppsala, 2024, s. 231–250.

Niemi-Kiesiläinen, Johanna, Honkatukia, Päivi och Ruuskanen, Minna, Legal Text as Discourses, i Gunnarsson, Svensson och Davies (red.), *Exploiting the Limits of Law: Swedish Feminism and the Challenge to Pessimism,* Routledge, New York, 2016, s. 69–87.

Norberg, Sven, Vad betyder EU-medlemskapet för de svenska domstolarna?, i *Svensk juristtidning,* 1995, s. 401–424.

Nordqvist, Jonas, *Domstolar i det svenska politiska systemet. Om demokrati, juridik och politik under 1900-talet,* Statsvetenskapliga institutionen, Stockholms universitet, 2001.

Nordin, Svante, Från byråkrat till samhällsingenjör. Informalisering och ämbetsmannaideologins förvandlingar, i Löfgren (red.), *Hej, det är från försäkringskassan. Informaliseringen av Sverige,* Natur och kultur, Stockholm, 1988, s. 36–46.

Novak, Judit, *Juridification of Educational Spheres. The Case of Swedish School Inspection,* avhandling vid Uppsala universitet, institutionen för pedagogik, didaktik och utbildningsstudier, 2018.

Nylund, Anna, The Past, Present and Future of Nordic Courts, i Ervo, Letto-Vanamo och Nylund (red.), *Rethinking Nordic Courts*, Springer International Publishing, Cham, 2021, s. 291–308.

Nylund, Anna, Civil Procedure and the Rule of Law in Scandinavia, i *Scandinavian Studies in Law*, vol. 69, 2023, s. 121–144.

Peczenik, Aleksander och Bergholtz, Gunnar, Statutory Interpretation in Sweden, i MacCormick och Summers (red.), *Interpreting statutes: A comparative study,* Routledge, New York, 1991, s. 311–358.

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1995.

Perklev, Anders, Relationen mellan Högsta domstolen och lagstiftaren, i *Svensk juristtidning,* 2022, s. 474–482.

Petersson, Bo, *Axel Hägerströms värdeteori,* Filosofiska Studier utgivna av Filosofiska föreningen och Filosofiska institutionen vid Uppsala universitet, nr. 17, Uppsala, 1973.

Peterson, Claes, Uppsalaskolan och politiseringen av rättsvetenskapen, i *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet,* 2003/04, s. 571–585.

Petrén, Gustaf, Domstolarnas ställning enligt 1974 års regeringsform, i *Svensk juristtidning,* 1975, s. 1–14.

Ramberg, Christina, *Prejudikat – som rättskälla i förmögenhetsrätten,* Wolters Kluwer, Stockholm, 2017.

Rapp, Stephan och Skoglund, Peter, *Skolans juridifiering. Ett skolchefsperspektiv,* Skolchefsinstitutets rapport, nr. 1, 2017.

Reichel, Jane och Åhman, Karin, *Tjugofem år av Europarätt i Sverige,* rapport nr. 5, Svenska institutet för europapolitiska studier, Stockholm, 2020.

Roos, Mari-Ann, Perspektiv från verkstadsgolvet – domarrollen, i *Svensk juristtidning,* 2025, s. 75–76.

Rosén, Johan, De Svenska lagförarbetenas vara eller inte vara som rättskälla – effekter av Sveriges anslutning till den Europeiska unionen, i *Svensk juristtidning,* 1996, s. 244–259.

Rubin, Herbert J. och Rubin, Irene S., *Qualitative Interviewing: The Art of Hearing Data*, upplaga 2, Sage Publications, Thousand Oaks, 2005.

Ryberg, Lotti, *Domarkarriären,* Juristförlaget, Stockholm, 1988.

Sajó, András och Uitz, Renáta, *The constitution of freedom: an introduction to legal constitutionalism*, online edn., Oxford Academic, Oxford, 2017.

Sandgren, Claes, Om empiri och rättsvetenskap. Del I, i Sandgren (red.), *Vad är rättsvetenskap?,* Jure Förlag, Stockholm, 2009(1), s. 9–38.

Sandgren, Claes, Är rättsdogmatiken dogmatisk?, i Sandgren (red.), *Vad är rättsvetenskap?,* Jure Förlag, Stockholm, 2009(2), s. 117–125.

Sandström, Marie, Den svenska modellen – en juridisk metodlära i tre platta paket, i Kekkonen, Jukka m.fl. (red.), *Norden, rätten, historia,* Festskrift till Lars Björne, Helsinki, 2004, s. 293–311.

Schmidt, Folke, *Fackling arbetsrätt*, Lund, Carl Bloms Boktryckeri, 1976.

Schmitt, Carl, Der Hüter der Verfassung, i *Archiv des öffentlichen Rechts,* vol. 55, nr. 2, 1929, s. 161–237.

Schütze, Robert, *European Constitutional Law*, upplaga 3, Oxford University Press, Oxford, 2021.

Shapiro, Martin, *Courts. A Comparative and Political Analysis,* The University of Chicago Press, Chicago, 1981.

Shetreet, Shimon, Creating a culture of judicial independence: the practical challenge and the conceptual and constitutional infrastructure, i Shetreet och Forsyth (red.), *The Culture of Judicial Independence: Conceptual Foundations and Practical Challenges,* Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2011, s. 17–67.

Smith, Eivind, Politikers konstitution – eller folkets?, i *Svensk juristtidning,* 2004, s. 676–706.

Smith, Eivind och Petersson, Olof, Konstitutionell demokrati som begrepp och ideal, i Smith och Petersson (red.), *Konstitutionell demokrati,* SNS Förlag, Stockholm, 2004, s. 7–41.

Sobol, Ilya, Moncrieff, Michael och Gaggioli, Gloria, *Exploring Counterterrorism Effectiveness and Human Rights Law,* Working Papers, Geneva Academy, 2023.

Spaak, Torben, *Guidance and Constraint: The Action-Guiding Capacity of Theories of Legal Reasoning*, Iustus Förlag, Uppsala, 2007.

Sterzel, Fredrik, *Författning i utveckling. Tjugo studier kring Sveriges författning,* Iustus Förlag, Uppsala, 2009.

Sterzel, Fredrik, Legalitetsprincipen, i Marcusson (red.), *Offentligrättsliga principer*, upplaga 4, Iustus Förlag, Uppsala, 2020.

Stjernquist, Nils, Maktdelning och lagprövning – en blick bakåt, i Håstad och Lewin (red.), *Politik och juridik: grundlagen inför 2000-talet: fakulteternas symposium för rektor Stig Strömholm,* Iustus Förlag, Uppsala, 1999, s. 69–82.

Stone Sweet, Alec, Constitutional Courts, i Rosenfeld och Sajó (red.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law,* Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 816–830.

Strömberg, Håkan, *Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform,* upplaga 3, Juristförlagen, Lund, 1999.

Strömholm, Stig, Normer och mål – det normbundna beslutsfattandets särart, i *Svensk juristtidning,* 1976, s. 161–177.

Strömholm, Stig, Juristroll och samhällsutveckling, i *Svensk juristtidning,* 1982, s. 1–13.

Strömholm, Stig, Uppsalaskolan och konstitutionens normativitet, i Smith (red.), *Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm,* SNS Förlag, Stockholm, 2002, s. 25–42.

Strömholm, Stig, Lyles, Max och Valguarnera, Filippo, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära*, upplaga 6, Norstedts Juridik, Stockholm, 2020.

Ställvik, Olof, *Domarrollen. Rättsregler, yrkeskultur och ideal*, Jure Förlag, Stockholm, 2009.

Sundberg, W. F. Jacob, *Från Eddan till Ekelöf: Repetitorium om rättskällor i Norden,* upplaga 2, Juristförlaget JF, Stockholm, 1990.

Sunnqvist, Martin, I gränslandet mellan lagprövning och lagtolkning, i *Svensk juristtidning,* 2008, s. 645–656.

Sunnqvist, Martin, *Konstitutionellt kritiskt dömande. Förändringen av nordiska domares attityder under två sekel,* Institutet för rättshistorisk forskning, Jure Förlag, Stockholm, 2014.

Sunnqvist, Martin, Domarna som konstitutionella aktörer, i *Svensk juristtidning,* 2016, s. 436–446.

Sunnqvist, Martin, Maktfördelning, funktionsfördelning och maktfördelning igen, i *Statsvetenskaplig tidskrift,* vol. 126, nr. 3, s. 445–460.

Sunstein, Cass R., *Legal reasoning and political conflict,* Oxford University Press, New York, 1996.

Sunstein, Cass R., *Constitutional Personae,* Oxford University Press, New York, 2015.

Svensson, Eva-Maria, *Genus och rätt. En problematisering av föreställningen om rätten,* Iustus Förlag, Uppsala, 1997.

Svensson, Eva-Maria, De lege interpretata - om behovet av metodologisk reflektion, i *Juridisk Publikation*, Jubileumsnummer, 2014, s. 211–226.

Södergren, Patrik, *Vem dömer i gråzonen? Domstolsprövning i gränslandet mellan offentlig rätt och privat rätt*, Iustus Förlag, Uppsala, 2009.

Tamanaha, Brian Z., *On the Rule of Law - History, Politics, Theory,* Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

Taube, Caroline, En tredje Statsmakt? Domstolarna under 1809 års regeringsform, i Brudin och Isberg (red.), *Maktbalans och kontrollmakt. 1809 års händelser, idéer och författningsverk i ett tvåhundraårigt perspektiv,* Sveriges riksdag, Stockholm, 2009, s. 343–372.

Taube, Caroline, Den dömande makten, i Mattson och Petersson (red.), *Svensk författningspolitik*, upplaga 5, Studentlitteratur, Lund, 2020, s. 173–194.

Tjernberg, Mats, Högsta förvaltningsdomstolen och principföljsam prejudikatbildning i skattemål, i *Skattenytt,* nr. 1–2, 2016, s. 42–67.

Tuori, Kaarlo, Vad ska vi ha en 'grundlag' till?, i Smith (red.), *Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm,* SNS Förlag, Stockholm, 2002, s. 217–229.

Tuori, Kaarlo, Introduction to the Theme: Constitutional Identity, i *Retfaerd,* vol. 147, nr. 4, 2014, s. 3–9.

Tuori, Kaarlo, *Critical legal positivism,* Routledge, New York, 2016.

Undén, Östen, Några ord om domstolskontroll över lagars grundlagsenlighet, i *Svensk juristtidning,* 1956, s. 260–263.

Valguarnera, Filippo, Judicial Policymaking in Sweden: A Comparative Perspective, i *Scandinavian Studies in Law,* vol. 61, 2015, s. 185–218.

Victor, Dag, Svenska domstolars hantering av Europakonventionen, i *Svensk juristtidning,* 2013, s. 343–396.

Walker, Neil, The Idea of Constitutional Pluralism, i *Modern Law Review*, vol. 65, nr. 3, 2002, s. 317–359.

Wallerman, Anna, Who is the National Judge? A Typology of Judicial Attitudes and Behaviours Regarding Preliminary References, i Rauchegger, och Wallerman (red.), *The Eurosceptic Challenge: National Implementation and Interpretation of EU Law,* Hart Publishing, Oxford, 2019, s. 155–174.

Wallerman Ghavanini, Anna, Grendstad, Gunnar och Karlsson Schaffer, Johan, Institutions that define the policymaking role of courts: A comparative analysis of the supreme courts of Scandinavia, i *International Journal of Constitutional Law,* vol. 21, nr. 3, 2023, s. 770–797.

Welamson, Lars och Munck, Johan, *Processen i Hovrätt och Högsta domstolen. Rättegång VI,* upplaga 6, Norstedts Juridik, Stockholm, 2022.

Wersäll, Fredrik, Lagstiftningsprocessen i en internationaliserad värld – förarbetenas förändrade roll, i *Svensk juristtidning,* 2000, s. 250–255.

Wersäll, Fredrik, Maktförskjutning till domstolarna – naturkraft eller medveten politik?, i *Svensk juristtidning,* 2004, s. 324–328.

Wersäll, Fredrik, En offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning, i *Svensk juristtidning*, 2014(1), s. 1–8.

Wersäll, Fredrik, Domstolar och domare – tankar för framtiden, i Wersäll m.fl. (red.), *Svea hovrätt 400 år*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2014(2), s. 213–241.

Wersäll, Fredrik, Ökad domarmakt och makten över domstolar, *i Svensk juristtidning*, 2017, s. 1–8.

Wersäll, Fredrik, Domare sökes, i *Svensk juristtidning*, 2018, s. 47–54.

Wiklund, Ola, Juristokratin och Den skandinaviska rättsrealismens uppgång och fall, i Lundin m.fl. (red.), *Regeringsrätten 100 år*, Iustus Förlag, Uppsala, 2009, s. 585–594.

Wiklund, Ola, Om att ta den svenska domarens värderingar på allvar, i Wersäll m.fl. (red.), *Svea hovrätt 400 år*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2014(1), s. 473–486.

Wiklund, Ola, Om Högsta domstolens rättsskapande verksamhet - löper domstolen amok?, i *Svensk juristtidning*, 2014(2), s. 335–347.

Wilske, Olof, Regeringsformen och författningskulturen, i Jonsson Cornell m.fl. (red.), *Regeringsformen 50 år – 1974–2024,* De lege, Iustus Förlag, Uppsala, 2024, s. 299–320.

Zetterquist, Ola, Offensiva domstolar – en (konstitutionell) principfråga, i *Europarättslig tidsskrift,* nr. 1, 2015, s. 77–84.

Zweigert, Konrad och Kötz, Hein, *An introduction to Comparative Law*, upplaga 3, Clarendon Press, Oxford, 1998.

Åhman, Karin, *Normprövning. Domstols kontroll av svensk lags förenlighet med regeringsformen och europarätten 2000–2020,* Norstedts Juridik, Stockholm, 2011.

Åhman, Karin, *Grundläggande rättigheter och juridisk metod. 2 kap. RF, Europakonventionen och EU:s stadga och deras tillämpning,* upplaga 3, Norstedts Juridik, Stockholm, 2022.

Åhman, Karin, *Regeringsformen och europarätten. Hur vissa av regeringsformens bestämmelser och deras tillämpning påverkas av EU-rätten och Europakonventionen,* Norstedts Juridik, Stockholm, 2023.

Åhman, Karin, Ett mer europeiskt Sverige. Domstolarnas ställning i regeringsformen, i Möller m.fl. (red.), *En författning i tiden. Regeringsformen under 50 år,* Medströms Bokförlag, Stockholm, 2024, s. 243–268.

Åhman, Joacim, *Överlåtelse av beslutanderätt. En rättsvetenskaplig studie av den i 10 kap. regeringsformen reglerade möjligheten att överlåta beslutanderätt till icke-svenskt organ,* Iustus Förlag, Uppsala, 2015.

Österdahl, Inger, Normprövning ur ett EKMRperspektiv, i *Svensk juristtidning,* 2007, s. 882–896.

Statistik

Domareförbundet — Rapport baserad på enkätundersökning, 2024: [https://domareforbundet.se/files/articles/198/rapport-enkatundersokning.pdf].

Domstolsverket — Domstolsstatistik 2024: [https://www.domstol.se/globalassets/filer/gemensamt-innehall/styrning-och

riktlinjer/statistik/2024/domstolsstatistik_2024.pdf].

Domstolsverket — Statistikdatabas, tabell för avgjorda mål per bemanning vid samtliga tingsrätter respektive förvaltningsrätter år 2024: [https://pxweb.etjanst.domstol.se/PxWeb/pxweb/sv/DOMstat/].

Hemsidor

Göteborgs universitet — [https://www.gu.se/forskning/domarens-autonomi-i-teori-och-praktik-for-domstolens-sjalvstandighet-och-oberoende] hämtad 2026-02-18.

Sveriges domstolar — [https://www.domstol.se/jobba-hos-oss/domare/domarutbildningen---en-unik-mojlighet/karriarmojligheter-efter-domarutbildningen/] hämtad 2026-02-18.

Umeå universitet — [https://www.umu.se/forskning/projekt/domstolsmakt-och-makt-over-domstolar-en-tvarvetenskaplig-granskning-av-domarrollen-i-forandring/] hämtad 2026-02-18.

Uppsala universitet — [https://www.uu.se/kontakt-och-organisation/personal?query=N20-33] hämtad 2026-02-18.

Övriga källor

Domstolksakademins Utbildningskatalog — Sveriges domstolar, dnr. 1419-2018, 2019.

Sveriges domstolar — Årsredovisning 2024: [https://www.domstol.se/globalassets/filer/gemensamt-innehall/styrning-och-

riktlinjer/arsredovisning/arsredovisning_2024_sverigesdomstolar.pdf].