



LUND UNIVERSITY

Förrättsligande genom konstitutionalisering och parlamentarismens slut

Brännström, Leila

Published in:
[Host publication title missing]

2011

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Brännström, L. (2011). Förrättsligande genom konstitutionalisering och parlamentarismens slut. I *[Host publication title missing]* Rapporter och texter från juridiska institutionen vid Umeå universitet.

Total number of authors:
1

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

RAPPORTER OCH TEXTER FRÅN JURIDISKA INSTITUTIONEN NR 6



I serien *Rapporter och texter* från juridiska institutionen vid Umeå universitet har tidigare utgivits:

1. Edström, Örjan, *Konkurrensklausuler – en kommentar till delar av utredningen Ds 2002:56 "Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv"*, 2003.
2. Edström, Örjan, *The free Movement of Workers – the implementation of EC law in Sweden in 2000-2001*, 2003.
3. Granström, Görel, Lena Landström, Ruth Mannelqvist och Lotta Sundström, *Ett pilotprojekt om bemötande av brottsoffer riktat till åklagare*, 2008.
4. Mannelqvist, Ruth och Enarsson, Therese (red.), *Rätten, välfärden och marknaden. Rapport från 2008 års forskningsinternat*, 2008.
5. Granström, Görel och Hjertstedt, Mattias (red.), *Lagstiftning i teori och praktik. Rapport från 2009 års forskningsinternat*, 2009.

Förrättsligande

Rapport från 2011 års forskningsinternat

Görel Granström (red.)

Rapporter och texter från juridiska institutionen vid Umeå universitet,
nr 6/2011.
ISSN 1652-0718

Beställningar:
Juridiska institutionen
Umeå universitet
SE-901 87 UMEÅ
juridik@jus.umu.se
www.jus.umu.se

Att mångfaldiga innehållet i denna bok, helt eller delvis, utan medgivande från respektive författare är förbjudet enligt lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära verk. Förbudet gäller varje form av mångfaldigande, såsom tryckning, kopiering, bandinspelning etc.

© 2011 Författarna

Förord

Juridiska institutionen i Umeå anordnar en gång per år ett forskningsinternat i syfte att institutionens doktorander ska ges möjlighet att presentera och diskutera sina avhandlingsprojekt, samt att institutionens lärare och forskare ska ges möjlighet att diskutera aktuella rättsvetenskapliga frågor. 2011 års internat genomfördes under två dagar i april och platsen var Örnsköldsvik. Årets tema var *Förrättsligande* och inbjuden gäst var Leila Brännström från Lunds universitet.

Under forskningsinternatets två dagar hölls sammanlagt tio presentationer på så olika teman som den ökade rättsliga regleringen av underrättelseverksamhet, förrättsligande av den svenska konsumentkreditmarknaden och materiell juridifiering eller reflexiv arbetsrätt i multinationella företag. Internatets särskilt inbjudna gäst bidrog med föredrag angående förrättsligande genom konstitutionalisering och historisk-kontextuella analyser av rättsutvecklingen. Samtliga bidrag diskuterades och kommenterades livligt av internatets trettio deltagare.

Den här rapporten innehåller en kort introduktion av de olika presentationerna som gjordes under internatet samt sju artiklar och ett paper som deltagare vid internatet har författat utifrån det övergripande temat.

Ett stort tack riktas till samtliga medverkande vid 2011 års internat och särskilt till Ann-Sofie Henrikson och Fanny Holm för deras insatser i den arbetsgrupp som föreslagit och utvecklat internatets tema.

Umeå i december 2011

Görel Granström

Innehållsförteckning

Förord	5
Görel Granström: Tema förrättsligande – en presentation av forskningsinternatet	9
Leila Brännström: Förrättsligande genom konstitutionalisering och parlamentarismens slut	13
Malin Brännström: Frågor om samisk rätt till land och vatten avgörs av domstolar	25
Therese Enarsson: Bemötande av brottsoffer. Ett svårhanterligt begrepp i en rättslig kontext	35
Jan Leidö: Software license agreements and juridification	47
Johan Lindholm: Idrottens förrättsligande. Varför är doping speciellt?	63
Ruth Mannelqvist: Förrättsligande av myndighetstillämpning eller avrättsligande av rättigheter?	77
Markus Naarttijärvi: Den ofrivillige lagstiftaren – om rättslig reglering av underrättelseverksamhet	87
Leila Brännström: Historisk-kontextuella analyser av rättsutvecklingen	101

Tema förrättsligande – en presentation av 2011 års forskningsinternat

Temat för 2011 års forskningsinternat var *Förrättsligande*, ett tema som valts för att ge deltagarna möjlighet att problematisera rätten och den rättsliga regleringens funktion i dagens samhälle.

Leila Brännström, som var särskilt inbjuden gäst till internatet, inledde forskningsinternatets första dag med en presentation på temat förrättsligande genom konstitutionalisering och parlamentarismens slut. Hon inledde med en diskussion om själva begreppet förrättsligande och presenterade de betydelser som begreppet kan ha olika sammanhang, men med den gemensamma grunden att något – ett förhållande eller en fråga – antar en rättslig karaktär eller en mer rättslig karaktär samt att rättsordningens roll i styrningen av samhället blir mer framträdande. Därefter följde en exemplifiering av förrättsligande genom och av politiken, dvs. å ena sidan användning av rättsliga medel för att uppnå politiska mål och å andra sidan en begränsning av politikens handlingsutrymme. Leila avslutade sedan sitt anförande med att diskutera den transnationella konstitutionaliseringen av en rad mänskliga rättigheter och marknadsrättigheter och hur dessa har beskurit politikens handlingsutrymme.

Därefter diskuterade *Ann-Sofie Henrikson* förrättsligandet av den svenska konsumentkreditmarknaden. Hon presenterade den svenska utveckling som under slutet av 1960-talet och början av 1970-talet ledde till inskränkningar i avtalsfriheten för att genom lagstiftning skydda konsumenternas intressen. Med ett fokus på rättslig reglering som ska förhindra att konsumenten blir överskuld satt presenterade Ann-Sofie en kritisk analys av hur konsument- eller gäldenärsskyddet ser ut i olika rättsliga regleringar.

Therese Enarsson tog sin utgångspunkt i ett aktuellt rättsfall där domarens agerande i tingsrätten gentemot den tilltalade resulterade i att hovrätten beslutade att undanröja domen och återvisa målet till tingsrätten på grund av rättegångsfel.

Therese använde rättsfallet för att visa de svårigheter som kan möta rättsväsendets aktörer när olika intressen ställs mot varandra, i det här fallet bemötandet av målsäganden kontra den tilltalades rätt till en rättvis rättegång.

Markus Naarttijärvi diskuterade reglering av underrättelseverksamheten i Sverige med utgångspunkt i att det på senare år skett en ökad rättslig reglering på området. Underrättelseverksamheten har historiskt sett varit relativt oreglerad, med hemliga regleringsbrev och löst formulerade förordningar. Markus diskuterade om den ökade rättsliga regleringen syftar till ett stärkande av rättssäkerheten och ett ökat skydd för den personliga integriteten, eller om det istället handlar om ett förrättsligande som sker för att undvika rätten som sådan.

Fanny Holm problematiserade brottsoffers rättigheter i en internationell kontext med Internationella brottmålsdomstolen i Haag som exempel. Att brottsoffer ges rätt att ställa krav på upprättelse, t.ex. i form av ekonomisk ersättning, av en individuell förövare i ett internationell forum är en relativt ny företeelse och Fanny diskuterade bland annat hur brottsoffers rätt till upprättelse tillvaratas i den internationella straffrättsliga kontexten.

Jan Leidö diskuterade förrättsligande av användaravtal för mjukvara som exempel i sin presentation. Dvs. den typ av standardavtal som godkänns genom att någon installerar ett program i sin dator eller ansluter sig till en webbtjänst som Facebook. Jan använde exemplet med användaravtal för att problematisera de konsekvenser som en alltmer detaljerad reglering kan leda till, särskilt när regleringen ska fungera i olika rättsliga kulturer i en global kontext.

Susanna Eriksson gjorde en kritisk analys av rättsväsendets föreställningar om femininiteter, maskuliniteter och kriminalitet. Hon arbetar med att undersöka hur kvinnor och män som gärningspersoner blir bedömda och dömda i sitt möte med rättsväsendet. Genom undersökningen ifrågasätts om det över huvud taget är möjligt för domaren att vara objektiv, och hur begrepp som rätten till en rättvis rättegång kan förstås ur ett kritiskt genusperspektiv.

Rasmus Hästbacka inledde forskningsinternatets andra dag med att diskutera rättstomma rum på transnationell nivå och skillnader mellan arbetsmarknadsmodeller på nationell nivå i en arbetsrättslig kontext. Han exemplifierade med de problem som kan uppstå för såväl arbetsgivar- som arbetstagarparter inom multinationella företag, där produktionssystemen inte matchas av en transnationell arbetsmarknadsmodell. En expansion över nationsgränserna kan skapa nya förutsättningar för sysselsättning och bättre anställningsvillkor, men det kan också leda till en försvagning av arbetstagersidan avseende information om företagets utveckling och kontakter med ledningen. Även arbetsgiversidan kan finna det problematiskt att styra omfattande verksamheter i olika nationella sammanhang.

Malin Brännström problematiserade frågor om samisk rätt till land och vatten. Med utgångspunkt i bland annat det nyligen avgjorda Nordmalingsmålet ifrågasatte hon om det är lämpligt att innehållet i principiella rättsfrågor om rätt till mark och vatten avgörs av domstolar och inte genom lagstiftning. Hon menade att

detta förhållande kan bero på att det finns en grundläggande skillnad i synen på om frågorna är rättighetsfrågor eller inte.

Eivind Torp diskuterade förrättsligandet av forskningsetiken med lagen om etikprövning som exempel. Han visade att vissa begrepp fått en legaldefinition genom lagen, bland annat definieras vad som avses med forskning och dessutom fastställs lagens geografiska tillämpningsområde. Eivind granskade dessa två tillämpningsförutsättningar för att problematisera tillämpningen av lagen i förhållande till de etiska principer som motiverade formaliseringen av etikprövning av forskning.

Leila Brännström avslutade forskningsinternatet med ett anförande som innehöll reflektioner kring det egna avhandlingsskrivandet som en inledning till en diskussion om teori- och metodfrågor. Hon inledde med att presentera en bild av de frågor som brukar tas upp i den svenska rättsvetenskapliga diskursen för att sedan leda över till en diskussion om vilka frågor som brukar ställas i studier som undersöker rättsutvecklingen. Leila diskuterade därefter användandet av historisk-kontextuella analyser av rättsutvecklingen.

Flera av de ovan presenterade bidragen återfinns som artiklar i rapporten, men rapporten innehåller även två artiklar som inte presenterades under själva forskningsinternatet. I den ena presenterar *Johan Lindholm* förrättsligande inom idrotten med fokus på dopning. Han visar på det intressanta exemplet att idrottsrörelsen generellt ser med skepsis på ökade inslag av förrättsligande av sin verksamhet, men att när det handlar om dopning, då välkomnas förslag om statlig och rättslig reglering. Detta diskuterar Johan bland annat i termer av att de åtgärder som idrottsrörelsen själv vidtar mot dopning ligger i linje med de åtgärder som blir resultatet av rättslig inblandning.

Ruth Mannelqvist tar sjukförsäkringen som exempel för att diskutera förrättsligande av myndighetstillämpning med följdfrågan om detta egentligen handlar om avrättsligande av rättigheter. Hon menar att införandet av rehabiliteringskedjan i sjukförsäkringen år 2008, där lagstiftaren varken har definierat i lagtexten vad som avses med arbetsförmåga eller exemplifierat i motiven vad som omfattas, riskerar att leda till osäkerhet i bedömningen, en bedömning som utförs av myndigheter som själva har fått i uppdrag att utforma olika riktlinjer och kriterier för sin bedömning.

Förrättsligande genom konstitutionalisering och parlamentarismens slut

A constitution is an attempt to constitute the conditions that will favor certain forms of politics over others (Wolin 1989, 4).

In ordinary English usage, law is an amphibious creature with two separate meanings. First it refers to government rules that control the conduct of citizens, rules that are typically regarded as subordinate to the political decisions that establish general policies. Second, it refers to rules, sometimes of extra-governmental origin, that control the leading government of officials, limiting the policies that they are able to establish and the means that they may use to enforce them (Rubin 2005, 191–192).

Förrättsligande som begrepp

Såsom själva ordet förmedlar betecknar förrättsligande på det mest övergripande planet ett skeende som innebär att ett förhållande eller en fråga antar en rättslig karaktär eller en starkare rättslig karaktär.¹ Detta kan i sin tur betyda en rad olika saker. Begreppet förrättsligande, och besläktade begrepp såsom rättsliggörande, juridifiering och judikalisering, har också *de facto* använts för att beteckna heterogena förändringar och utvecklingstendenser, alltifrån domstolarnas

¹ Själva termen förrättsligande (ty. *Verrechtlichung*) myntades under Weimarrepublikens tid (jfr Habermas 1987, s. 357 och Teubner 1987, s. 9). För en utförligare undersökning av begreppet förrättsligande se Brännström 2009, kapitel 3.

tilltagande politiska makt och inflytande (jfr Nergelius 2000, 102), spridningen av metoder för rättsligt beslutsfattande till andra fora än domstolar (jfr Vallinder 1995, 13), ökningen av antalet lagar och andra författningar (se Teubner 1987, 6–7; Anderberg och Hydén 1995, särskilt 227–233), ökningen av andelen konflikter som löses genom rättsordningen (Bleichner och Molander 2008, 44–45) till utbredningen av ett förebrående och ansvarsutkrävande förhållningssätt i historiska analyser (jfr Butler 1997, 50) och ökningen av antalet tv-program och böcker som utspelar sig i rättegångssalar och/eller på advokatbyråer (jfr Porsdam 1997, 82).

Denna spännvidd är inget att förundras över, eftersom rätten är ett komplext och mångfacetterat socialt fenomen. De olika förändringar som rubriceras som förrättsligande knyter i någon mening an till någon aspekt av den rättsliga verksamheten. Bland alla de processer som innebär att något i någon bemärkelse antar en rättslig, eller mer rättslig, karaktär kan man urskilja tre processer som på ett tydligt sätt leder till att rättsordningens roll i samhällsstyrningen blir mer framträdande.²

Det första förloppet handlar om att en lag eller en annan författning tar sikte på ett förhållande eller en aspekt av det sociala livet som tidigare inte normerades genom lagar och författningar. Man kan här skilja mellan förrättsligandet av förhållanden som (a) tidigare inte alls var normerade genom några författningar eller (b) sådana som visserligen var normerade men som genom förrättsligandet normeras mer ingående eller bryts upp i flera sinsemellan urskiljbara situationer eller relationer, som normeras var för sig (jfr Voigt 1980, 16).

Ett exempel på den förra typen av förrättsligande var tillkomsten av lag (1972:119) om fastställande av könstillhörighet i vissa fall. Lagens tillkomst innebar ett förrättsligande av ingrepp i könsorgan i syfte att göra dem mer lika det motsatta könets. Före lagens införande fanns det inga författningar som behandlade när och under vilka förutsättningar sådana ingrepp fick göras. Ett exempel på den senare typen av förrättsligande – i detta fall ett uppbrytande av en situation i flera subkategorier – var införandet av konsumentköplagen (1973:877),

² Dessa processer leder inte *med nödvändighet* till att rättsordningens roll i samhällsstyrningen förstärks. Normgivning, för att ta ett exempel, är ibland ineffektiv på så sätt att adressaterna inte tar normerna i beaktande i de situationer som de utfärdade normerna tar sikte på. Det kan bero på att adressaterna inte uppfattar situationen som primärt rättslig, utan låter andra hänsyn bestämma. Emellanåt kan det te sig som om inte ens avsikten bakom normgivningen är att göra normeras innehåll gällande, utan att visa handlingskraft och att avleda missnöje. I de allra flesta fall är det emellertid antagligt att de nämnda empiriska utvecklingstendenserna leder till en förstärkning av rättens ställning i samhällsstyrningen. Det är i och för sig också möjligt att produktionen och konsumtionen av många tv-serier som utspelar sig i rättegångssalar eller på advokatbyråer i förlängningen leder till att rättsordningens roll i samhällets styrning stärks. Detta genom att medvetenhet skapas om rättigheter och skyldigheter och kännedom sprids om den rättsliga diskursens och verksamhetens spelregler. Massmediernas ökade intresse för domstolar och rättegångar nämns för övrigt ofta som en omständighet som har bidragit till att stärka domstolarnas ställning i Sverige under de senaste årtiondena och därigenom stärkt rättsordningens betydelse för samhällsstyrningen (jfr Lindblom 2004, 238–239 och Fura Sandström 2004, 264).

som innebar en specialreglering av interaktioner som redan var normerade genom avtalslagen.³

Det är viktigt att notera att normering genom rättsliga bestämmelser inte nödvändigtvis handlar om att införa påbud eller förbud. Rättsliga bestämmelser kan etablera nya rättsliga konstruktioner och därmed nya typer av sociala förhållanden och interaktioner. Genom konstituerande bestämmelser skapas myndigheter, bolagsformer, befattningar, samlevnadsformer, ställföreträdarskap och så vidare. Rättsliga bestämmelser kan också introducera rättsligt sanktionerade förfaranden. Förrättsligandet av arbetsmarknadsrelationerna från 1920-talet till 1970-talet tog sig till exempel flera olika former. Nya rättsliga konstruktioner infördes (det främsta torde vara kollektivavtalet), vissa former av handlingar påbjöds eller förbjöds (till exempel påbjöds vissa miljöskyddsåtgärder) och förfaranden introducerades som anvisade hur ett förhållande slutligt skulle regleras (till exempel bestämmelserna om medling och kollektiv förhandling).⁴

Den andra formen av förrättsligande handlar om att ett förhållande eller en aspekt av det sociala livet som tidigare inte var föremål för domstolars bedömning och beslutsfattande blir det. Det vill säga att domstolar behandlar frågor som tidigare inte blivit behandlade av dem. Ett exempel på detta såg vi i fallet *Laval* (Case C-341/05) där EU-domstolen diskuterade om vissa fackliga stridsåtgärder som hade företagits var proportionella i förhållande till de målsättningar som facket hade. Stridsåtgärders proportionalitet var dessförinnan ingenting som domstolarna uttalade sig om.

Den här typen av förrättsligande kan inträffa på områden som redan förrättsligats genom rättsregler. När en rättsregel införs förläggs tolkningsföreträdet inte alltid hos domstolar utan kan stanna hos ett utskott eller en nämnd i riksdagen eller hos en specialinstans. Ytterligare förrättsligande sker i och med att domstolar får eller tar sig befogenheten att tolka rättsregelns innebörd och räckvidd. När den auktoritativa tolkningen av en rättsregel hamnar hos domstolarna får rättssubjekten (liksom lagstiftarna och myndigheter) anledning att ta större hänsyn till den rättsliga diskursen och dess spelregler och föra rättsliga argument istället för politiska – eller andra typer av – argument vilket för oss in på nästa typ av förrättsligande.

Det tredje förrättsligandeförloppet handlar om en förskjutning mot den rättsliga diskursen. En ”diskurs” är en helhet av sammanhängande utsagor och begrepp, sätt att angripa problem, sätt att argumentera och att formulera frågor och problem på

³ De två typerna av förrättsligande genom normgivning är idealtyper. Den första typen förekommer aldrig empiriskt i renodlad form. Till exempel var allmänna straffrättsliga regler såväl som rättsliga bestämmelser som garanterade rätten till fysisk integritet tillämpliga på ingrepp i könsorganen i syfte att göra dem mer lika det motsatta könets även under den tid då författningsbestämmelser som explicit tog sikte på denna situation saknades.

⁴ För en översikt över utvecklingen och över diskussionerna om förrättsligandet på detta område under perioden i fråga, se Bruun 1987.

ett visst område, till exempel det ekonomiska, det moraliska, det politiska, det vetenskapliga eller det rättsliga. Förrättsligande sker när en fråga som avhandlades främst inom ramen för en kulturell, etisk, politisk, ekonomisk eller någon annan diskurs börjar avhandlas, eller allt tydligare eller allt oftare avhandlas, med utgångspunkt i den rättsliga diskursen – med rättsliga argument och motargument.⁵

I fråga om allmänt formulerade rättsregler blir det särskilt tydligt att den rättsliga diskursen inte är kategoriskt åtskild från den kulturella, moraliska, politiska eller ekonomiska diskursen.⁶ Diskurserna överlappar varandra, men den rättsliga diskursen har också sina egna utmärkande drag. Den tar till exempel sin utgångspunkt i rättskällor som lagar och tidigare rättspraxis och följer spelregler som att rättskällor av högre rang (till exempel konstitutionella urkunder) slår ut rättskällor av lägre rang (till exempel vanliga lagar). I jämförelse med till exempel den politiska diskursen är den rättsliga diskursen typiskt sett mer bakåtblickande och mindre kompromissorienterad.

Förrättsligande genom och av politiken

Förrättsligande framställs ofta som en kvantitativ utveckling som innebär att det blir mer rätt och juridik på bekostnad av till exempel politik eller moral. När man vill förstå förrättsligandets effekter på det politiska livet är det emellertid viktigt att skilja mellan förrättsligande genom politik och förrättsligande av politik. Förrättsligande i det första fallet handlar om en användning av rättsliga medel för att uppnå politiska målsättningar medan förrättsligande i det senare fallet handlar om en begränsning av politikens handlingsutrymme.

I Sverige har rätten under större delen av 1900-talet framför allt fungerat som ett medel för att förverkliga politiska ambitioner. Rätten har följdriktigt främst begripliggjorts som ett uttryck för lagstiftarens vilja. Betydelsen av den politiska intentionen bakom lagregler visade sig bland annat i den vikt som har tilldelats förarbetena i rättstillämpningen. I början av 1990-talet inleddes emellertid en

⁵ Att en fråga förrättsligas innebär inte att alla börjar behandla frågan på ett rättsligt sätt eller att det skulle vara oundvikligt att göra det. Det handlar i stället om att en grupp människor vid en viss tidpunkt och i ett visst sammanhang *de facto* börjar närma sig frågan utifrån den rättsliga diskursen. Förskjutningen behöver inte innebära att en fråga uteslutande behandlas inom ramen för den rättsliga diskursen, utan kan likaväl innebära att den rättsliga diskursen blir mer framträdande på bekostnad av andra diskurser.

⁶ Jfr till exempel Europakonventionens artikel 8 om rätten till skydd för privat- och familjeliv:

1. Var och en har rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.
 2. Offentlig myndighet får inte inskränka åtnjutande av denna rättighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välbefinnande eller till förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri- och rättigheter.
- Vad innebär egentligen privat- och familjeliv? Vad är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle med hänsyn till landets ekonomiska välbefinnande? Är det möjligt att svara på dessa frågor utan att använda sig av moraliska och politiska argument?

utveckling som över tid har kommit att förändra rättens roll i förhållande till lagstiftaren. Rätten har allt oftare kommit att beskära politikens handlingsutrymme.⁷

Den viktigaste orsaken bakom denna utveckling är den transnationella konstitutionaliseringen av en rad mänskliga rättigheter och marknadsrättigheter genom Europakonventionen, EU-rätten men även genom WTO:s regelverk som har inneburit att riksdagens normgivning har underställts ett rättsligt ramverk av konstitutionell rang och domstolarnas granskning. Denna utveckling har medfört att inte bara de transnationella, utan även de nationella svenska, domstolarna har stärkt sin ställning i förhållande till de politiska instanserna.

Domstolarna inverkar på det politiska livet inte bara genom att direkt ingripa i det politiska beslutsfattandet, utan också, och antagligen i högre grad, genom den överhängande faran för att de ska intervensera. Detta hot gör den rättsliga diskursen mer betydelsefull i det politiska samtalet och i den politiska processen. Riksdagen och regeringen ser själva till att underordna sig rättsregler som har högre rang än lagar eftersom de vet att deras normer och beslut kan komma att underställas domstolarnas prövning och där bedömas i enlighet med de hegemoniska positionerna i den rättsliga diskursen. Det är detta samband mellan domstolarnas och lagstiftarens verksamhet som Alec Stone Sweet lyfter fram när han karakteriserar politikens förrättsligande på följande sätt:

the process by which legislators absorb the behaviour norms of constitutional adjudication, and the grammar and vocabulary of constitutional law, into those repertoires of reasoning and action that constitute political agency. In judicialized politics, legal discourse mediates partisan debates and structures the exercise of legislative power (Stone Sweet 2000, 203).

Det förrättsligande av politiken som har skett i Sverige alltsedan 1990-talets början har i stor utsträckning varit ett förrättsligande genom politiken – det vill säga att merparten av förrättsligandet av politiken har initieras av de politiska instanserna själva. Riksdagen har genom att ansluta Sverige till transnationella organisationer som EU och WTO och genom att inkorporera regelverk av konstitutionell rang (Europakonventionen) beskärat sitt (och framtida politikernas) handlingsutrymme. En del av förrättsligandet av politiken har dock ägt rum på transnationella domstolars initiativ eftersom de har utvidgat de transnationella regelverkens tillämpningsområde på sätt som de politiska instanserna inte hade räknat med. Detta har varit en konsekvens av att det är transnationella domstolar som tolkar innebörden och omfattningen av medlemsstaternas åtaganden, inte medlemsstaterna själva.

⁷ Jag menar inte att varje inslag av förrättsligande som har skett under de senaste årtiondena har inneburit ett förrättsligande av politiken. Under den aktuella perioden har rätten självklart även använts av riksdagen som ett medel för att förverkliga politiska ambitioner.

Förrättsligande genom konstitutionalisering

En konstitution anger *hur* bindande beslut kan fattas av de politiska instanserna i en gemenskap. En konstitution kan också sätta gränser för *vilka* beslut som är möjliga att fatta. Sådana gränser sätts dock inte bara av urkunder som bär namnet författning eller grundlag utan kan fastställas i rättsakter med andra beteckningar eller i rättspraxis. Gränserna för vilka politiska beslut som är möjliga är självklart inte bara rättsliga. I praktiken kan den kanaliserande effekten av ekonomiska förutsättningar, maktpolitiska realiteter, ideologiska föreställningar och moraliska normer vara mer påtagliga än de konstitutionella rättsreglerna. Man skulle kunna skilja mellan *den politiska konstitutionen* och *den rättsliga konstitutionen* där den förra innefattar alla de spelregler som avgör handlingsutrymmet för de politiska instansernas beslutsfattande medan den senare inbegriper endast de konstitutionella rättsreglerna.⁸

Om de konstitutionella rättsreglerna inte alltid kan hittas i urkunder vilkas namn markerar att de är av konstitutionell karaktär, vad kännetecknas de av? Konstitutionella rättsregler karaktäriseras av sin position överst i den rättsliga normhierarkin – de får företräde framför lägre stående normer, till exempel vanliga lagregler, om dessa motsäger dem – och av att de står över den ordinära politiska processen och diskussionen och i stället sätter premisserna för dem. De är också relativt svåra att ändra – svårare än andra rättsregler. Konstitutionella rättsreglers iakttagande bevakas också normalt av domstolar eller av särskilda instanser.

Traditionellt anses inte internationella fördrag och andra folkrättsliga regler vara del av Sveriges konstitution. Den svenska lagstiftaren är förvisso skyldig att iakttas sina folkrättsliga åtaganden vid lagstiftning och annat beslutfattande och dessa förpliktelser behandlas också i normalfallet som givna premisser som står över den ordinära politiska processen och diskussionen. Samtidigt anses folkrättsliga regler inte vara överordnade svenska lagar i den normhierarki som domstolarna tillämpar. Om en lag eller förordning är oförenlig med Sveriges folkrättsliga åtaganden, och om denna oförenlighet inte kan elimineras genom ”fördragskonform tolkning”, ska domstolarna ge företräde för svensk rätt framför folkrättens regler.⁹ Enskilda och företag kan heller inte utkräva rättigheter vid svenska domstolar med hänvisning till internationella fördrag. Det faktum att Sverige genom ett enkelt riksdagsbeslut kan dra sig ur sina folkrättsliga förpliktelser (på de villkor som fördragen anger) kan också föras fram som ett argument för att inte betrakta internationella fördrag som konstitutionella.

Det som har sagts ovan om internationella fördrag gäller inte för Europakonventionen som har införlivats i Regeringsformen och som gäller som

⁸ Därmed är det inte sagt att det är enkelt att dra gränsen mellan den rättsliga och den politiska konstitutionen. Rättsregler tolkas och tillämpas mot bakgrund av ekonomiska, ideologiska och moraliska förutsättningar samtidigt som dessa förutsättningar påverkas av rättsreglerna.

⁹ Svenska domstolar ska tolka svensk rätt på sätt som i möjligaste mån undviker konflikter mellan folkrättsliga regler och nationella.

svensk konstitutionell rätt.¹⁰ Inte heller gäller det för EU-rätten som är överordnad svensk inhemsk lagstiftning, som tillämpas direkt av de svenska domstolarna och med hänvisning till vilken enskilda och företag kan utkräva rättigheter. Givet dessa omständigheter är det inte märkligt att det har blivit vedertaget att betrakta Europakonventionen (inklusive Europadomstolens praxis) och EU-rätten (eller i varje fall de grundläggande EU-fördragen) som en del av den svenska konstitutionella rätten.

Jag menar att det finns en rad anledningar till att betrakta även WTO:s regelverk som ett konstitutionellt ramverk trots att regelverket i de svenska domstolarnas normhierarki inte står över den inhemska lagstiftningen och trots att individer (läs företag) inte kan utkräva några rättigheter med hänvisning till det hos de nationella domstolarna. Regelverket är till att börja med ovanligt effektivt i jämförelse med flertalet andra internationella fördrag. WTO:s tvistelösningssorgan (som i allt väsentligt fungerar som domstolar) agerar konstitutionellt i och med att de prövar medlemsstaternas interna lagar och beslut för deras förenlighet med WTO:s regelverk. Tvistelösningssorganen har också i praktiken det avgörande inflytandet över regelverkets tolkning och utveckling och bestämmer omfattningen av de förpliktelser som staterna åtagit sig. Det är svårt för staterna att ändra regelverkets innehåll och räckvidd i politiska processer. Regelverket står över den ordinära politiska processen och diskussionen och villkorar vilka riktningar de kan ta. Allt detta sammantaget med det faktum att WTO:s regelverk inte normerar några enstaka eller perifera frågor utan omfattar stora politikområden som sätter ramarna för vilken typ av ekonomisk politik som är möjlig att föra, berättigar enligt min mening att WTO:s regelverk placeras på den konstitutionella snarare än den folkrättsliga änden av en skala.¹¹

¹⁰ Det är en annan diskussion att Europakonventionen redan före 1995 hade fått ett relativt stort genomslag i rättstillämpningen.

¹¹ Det är också kostsamt att gå ur organisationen och på så sätt säga upp de förpliktelser som medlemskapet inbegriper. Svårigheterna handlar inte bara om att stater förlorar en del förmåner i förhållande till andra stater utan också om att marknadskrafterna, med de multinationella företagen i spetsen, kan straffa utträdande stater och ruinera deras ekonomi. Den teoretiska möjligheten att utträda kvarstår förstås och på så sätt är WTO:s regelverk inte helt beständig men det är inte heller andra konstitutionella rättsregler. Våra grundlagar kan också ändras. Rättsregler är inte av konstitutionell karaktär därför att de är omöjliga att ändra, utan därför att de, så länge de är i kraft, höjer sig över den normala lagstiftningsprocessen och sätter den politiska processens och debattens spelregler.

Konstitutionalisering av materiella trossatser och parlamentarismens slut

Ett representativt parlamentariskt styrelseskick kännetecknas av att parlamentet som den högsta politiska instansen har långtgående, om än inte oinskränkta, befogenheter att genom lagstiftning ge uttryck för majoritetens politiska vilja och därigenom välja politikens inriktning. Förmågan att förverkliga avsikterna går självfallet inte hand i hand med befogenheterna. I varje samhälle, parlamentariskt eller annat, finns det alltid redan inre, yttre och gränsöverskridande ideologiska, ekonomiska, vetenskapliga, tekniska krafter som uppstår och fortlever relativt oberoende av den politiska makten. Dessa krafter bildar förutsättningarna för vad som är politiskt genomförbart vid en viss tid i ett visst samhälle. Det är därför som riksdagen i vårt land inte kan, om den föresatte sig, per dekret allena skapa högre sysselsättningsgrad, åstadkomma lön efter förtjänst och skaffa undan rasism. Samtidigt har den högsta politiska instansen i ett parlamentariskt system befogenheten att välja hur den vill konfrontera dessa krafter. Den kan välja att respektera dem, stötta och främja dem, stödja sig på dem och anlita dem, tolerera dem eller söka förändra dem. I ett parlamentariskt system är det inte bristande befogenheter som sätter gränserna för vilka politiska beslut som kan fattas utan å ena sidan de politiska visionerna och strategierna och å andra sidan de i samhället dominerande kraftkonstellationerna.

Konstitutionalisering som inte handlar om *hur* politiska instanser fattar sina beslut utan om *vilka* beslut som är möjliga att fatta, innebär att policyutfästelser görs som syftar till att cementera en viss politik och begränsa den framtida politikens handlingsutrymme. Det traditionella svenska konstitutionella upplägget har varit inriktad på beslutsfattandets processer, snarare än dess innehåll. Ingen konstitution kan vara helt neutral materiellt sett men den svenska konstitutionen har, i likhet med andra parlamentariska staters konstitutioner, varit relativt neutral i förhållande till olika politiska idéprogram. Varje riksdagsmajoritet har haft möjlighet att grundligt ändra politikens riktning eftersom politikens mål och medel i stort varit politiska frågor. Riksdagens befogenhet att välja politikens mål och medel har emellertid beskurits till en sådan grad under de senaste två årtiondena att det svenska statsskicket inte längre bör betecknas som parlamentarisk. Den *ständigt närvarande* möjligheten att välja politisk väg som kännetecknar parlamentarismen finns inte längre. Lejonparten av denna inskränkning har skett genom en särskild form av förrättsligande, ”transnationell konstitutionalisering”, som har inneburit att riksdagen har underställts ett rättsligt regelverk av konstitutionell rang som tolkas och bevakas av transnationella domstolar.

Det svenska processorienterade konstitutionella upplägget har gått förlorat till följd av att Sverige införlivat Europakonventionen och blivit medlem i EU och WTO. Medlemskapet i dessa organisationer förpliktigar Sverige att premiera vissa materiella trossatser och höja dem över politikens tvistbara domän. Innehållet i de transnationella konstitutionella regelverken består dels av mänskliga rättigheter,

dels av marknadsrättigheter (stora delar av EU-rätten och WTO-rätten). Särskilt de senares konstitutionalisering har satt den parlamentariska politiken ur spel eftersom de ansenligt beskär riksdagens befogenhet att välja (ekonomisk)politisk riktning och långsiktigt cementerar den politisk-ideologiska trossatsen att marknadsintressena bör ges företräde framför andra politiska och sociala hänsyn.¹²

¹² Danny Nicol visar på ett utmärkt sätt på vilka sätt EU-rätten och WTO:s regelverk gör detta, se Nicol 2010.

Källförteckning

Anderberg, Eva och Håkan Hydén: ”Rätten i förvandling”, i Margareta Bertilsson (red.), *Rätten i förvandling. Jurister mellan stat och marknad*. Stockholm: Nerenius & Santérus, 1995, 217–251.

Bleicher, Lars Chr. och Anders Molander: ”Mapping Juridification”, i *European Law Journal*, 2008, 36–54.

Bruun, Niklas: ”Arbetslivets juridifiering – perspektiv på den finska utvecklingen”, i *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland*, 1987, 136–152.

Brännström, Leila: *Förrättsligande. En studie av rättens risker och möjligheter med fokus på patientens ställning*. Lund: Bokbox förlag, 2009.

Butler, Judith: *Excitable speech: A Politics of the Performative*. London/New York: Routledge, 1997.

Fura Sandström, Elisabeth: ”Rättsbildning i en ny miljö – hur har domstolarnas roll och betydelse förändrats? Domstolarnas roll då, nu och sedan”, i *Svensk Juristtidning*, 2004, 163–269.

Habermas, Jürgen: *The Theory of Communicative Action, Band 2, Lifeworld and system: A Critique of Functionalist Reason*. Cambridge: Polity Press, 1987.

Lindblom, Per Henrik: ”Domstolarnas växande samhällsroll och processens förändrade funktioner – floskler eller fakta?”, i *Svensk Juristtidning*, 2004, 229–262.

Nergelius, Joakim: *Förvaltningsprocess, normprövning och europarätt*. Stockholm: Norstedts Juridik, 2000.

Nicol, Danny, *The Constitutional Protection of Capitalism*. Hart Publishing, Oxford, 2010.

Porsdam, Helle: ”Jura – 1990’erens ideologi?,” i *Juristen*, nr 2, 1997, 82–88.

Rubin, Edward, L: *Beyond Camelot: Rethinking Politics and Law for the Modern State*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

Stone Sweet, Alec: *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

Teubner, Günther: ”Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions”, i densamme (red.), *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust, and Social Welfare Law*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1987, 3–48.

Vallinder, Torbjörn: "When the Courts go Marching In", i Neal C. Tate och Torbjörn Vallinder (red.), *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, 13–26.

Voigt, Rüdger: "Verrechtlichung in Staat und Gesellschaft", i densamme (red.): *Verrechtlichung. Analysen zu Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse*. Frankfurt: Athenäum, 1980, 15–37.

Wolin, Sheldon S.: *The Presence of the Past: Essays on the State and the Constitution*. London: The Johns Hopkins University Press, 1989.

Frågor om samisk rätt till land och vatten avgörs av domstolar

I april 2011 avgjordes en av de mest omfattande rättegångarna i Högsta domstolens historia, där rätten till renbete inom Nordmalings kommun prövades.¹³ I målet ställdes renskötande samers rätt till marken mot markägarnas rätt. Domstolen prövade den principiellt viktiga frågan om hur renbetesrätt kan upparbetas och om den förelåg på de aktuella fastigheterna. Högsta domstolen fann att renbetesrätt var upparbetad på de aktuella fastigheterna. Samtidigt pågår vid Gällivare tingsrätt en annan rättslig prövning, där en sameby stämt svenska staten med påståendet att samebyn har en ensamrätt i förhållande till staten till jakt- och fiskerätten på kronomark ovan odlingsgränsen.¹⁴

Dessa två aktuella domstolsprövningar rör principiella rättsfrågor om samisk rätt till mark och vatten. Detta gör att jag ställer mig frågan om det är lämpligt att innehållet i dessa rättigheter kommer att avgöras i domstol i stället för genom lagstiftning. Renskötselrättens innehåll är i många avseenden oklar och omstridd. Dessa oklara förhållanden har i omgångar utretts genom offentliga utredningar, men utredningarna har inte lett till klarlägganden i lagstiftningen.¹⁵ Oklarheterna i regelsystemet har bidragit till de konflikter som finns mellan olika intressen inom

¹³ NJA 2011 s. 109.

¹⁴ Gällivare tingsrätts mål T 323-09, Girjas sameby mot staten genom Justitiekanslern.

¹⁵ De utredningar som för närvarande ligger på regeringens bord är; Samerna – ett ursprungsfolk i Sverige. Frågan om Sveriges anslutning till ILO:s konvention nr 169, SOU 1999:25; En ny rennäringspolitik – öppna samebyar och samverkan med andra markanvändare, SOU 2001:101; Jakt och fiske i samverkan, SOU 2005:116 samt Samernas sedvanemarkar, SOU 2006:14. Ett förslag till förändrad samepolitik lades senast fram i Ds 2009:40, men har inte lett till förändrad lagstiftning efter en omfattande kritik.

renskötselområdet idag. Exempel på sådana oklarheter är reglerna om vinterbetesmarkernas omfattning och reglerna om samernas jakt- och fiskerätt.

Ett viktigt syfte med lagstiftning är att hantera konflikter mellan olika intressen. Genom att i förväg reglera hur vissa typkonflikter ska lösas ökar möjligheten att förhindra oenighet och tvister. Man kan säga att det ligger i juridikens innersta väsen att det finns konflikter som måste hanteras och lösas. I lagstiftningsarbetet görs avvägningar mellan såväl olika enskilda intressen som allmänna intressen av regering och riksdag. Lagstiftaren kan därför välja att reglera balansen mellan olika intressen i ett enskilt lagstiftningsärende. När det gäller de rättigheter som samerna har till land och vatten har lagstiftaren emellertid valt att inte fullt ut genomföra denna typ avvägningar, vilket får direkta konsekvenser för såväl markägare som samebyar. I brist på klarlägganden från lagstiftarens sida avgörs nu vissa av de oklara rättsliga frågor som uppstår i stället av domstolarna.

Något om renskötselrätten

Renskötselrätten är en särskild rätt till fastighet, som är grundad på urminnes hävd och den ger samerna rätt att använda marken till bl.a. renbete, jakt och fiske. Rätten reglerades första gången genom en renbeteslag av år 1886. Idag framgår dess innehåll i första hand av rennäringslagen (1971:437), RNL. I historisk tid, när staten började uppmuntra inflyttning till Norrland, respekterades och skyddades samernas rätt till mark.¹⁶ Ett par årtionden in på 1900-talet växte dock synen fram att det inte rörde sig om rättigheter, utan om samiska privilegier som var givna av staten.¹⁷ Under lång tid rådde därför en osäkerhet om renskötselrättens grundläggande rättsliga status. Genom den s.k. skattefjällsdomen, som rörde en tvist mellan samer och staten om bättre rätt till fjällområdet i norra Jämtland, gjordes dock ett antal klarlägganden om renskötselrättens status.¹⁸ HD uttalade bl.a. att renskötselrätten är grundad på urminnes hävd och har grundlagsskydd som annan egendom. HD konstaterade därmed också att renskötselrätten inte bara beror på RNL, utan så länge rätten utövas består den även utan uttrycklig lagstiftning. Detta ledde till att förändringar genomfördes i RNL 1993, där det skrevs in i 1 § att rätten grundar sig i urminnes hävd. Det är därmed klart att renskötselrätten är av civilrättsligt slag.

Renskötselrätten är på många sätt en säregen rätt som i flera avseenden är likställd med äganderätten. Renskötselrätten gäller t.ex. i motsats till nyttjanderätter på obegränsad tid och oberoende av avtal. Skyddet för äganderätten

16 Se SOU 2005:116 s. 63 ff. där en historisk beskrivning av synen på rättigheterna görs av historikern Lennart Lundmark.

17 Se avhandling av statsvetaren Mörkenstam, Ulf, Om lapparnas privilegier. Föreställningar om samiskhet i svensk samepolitik 1883 – 1997, Stockholms universitet, Statsvetenskapliga institutionen 1999.

18 NJA 1981 s. 1.

och renskötselrätten är lika starkt genom 2 kap 15 § regeringsformen. Ägaren har dock större befogenheter över marken än renskötselrätten ger de renskötande samerna. Genom att renskötselrätten vilar på urminnes hävd kommer dess innebörd och omfattning att i vissa avseenden bli beroende av hur samerna traditionellt har brukat marken. De historiska förhållandena får därför betydelse för RNL:s tolkning och tillämpning.

Att renskötselrätten grundas på urminnes hävd innebär som ovan konstaterats att den är av civilrättsligt slag. Samtidigt utgör den en näringsrätt av offentligrättslig typ och det är bara samer som får bedriva renskötsel. Denna ensamrätt är ett avsteg från den allmänna principen att begränsningar i rätten att utöva näring inte får ske i syfte att ekonomiskt gynna enskilda personer eller företag.¹⁹ Innebörden av denna näringsrätt måste skiljas från den civilrättsliga bruksrätten.

Oklarheter om renskötselområdets omfattning

En av de oklarheter som finns är i vilka områden renskötselrätten får utövas. Renskötselområdet beskrivs i 3 § RNL och delas in i åretruntmarker respektive vinterbetesmarker, där åretruntmarkerna är preciserade i lagrummet. Samtidigt består vinterbetesmarkerna av övriga delar av lappmarkerna nedanför odlingsgränsen än de som utgör åretruntmarker och trakter utanför lappmarkerna och renbetesfjällen där renskötsel av ålder bedrivits vissa tider av året. Vad som är oklart är vad det innebär att rätt till renbete föreligger på mark som samerna använt ”av ålder”. Lagstiftningen ger inte något klart besked om hur långt söderut och österut denna rätt sträcker sig.

Den här oklarheten har lett till en rad rättegångar där enskilda markägare för att bringa klarhet i frågan har stämt samebyar inför allmän domstol.²⁰ I de fall där

¹⁹ Se 2 kap. 20 § regeringsformen där ett uttryckligt undantag görs för samernas renskötsel.

²⁰ Hovrättens för Nedre Norrland dom 2002-02-15, mål nr T 58-96, samt Högsta domstolens beslut 2004-04-29, mål nr T 1152-02, att inte bevilja prövningstillstånd. Talan väcktes närmare 14 år innan Högsta domstolen beslutade att inte bevilja prövningstillstånd. Samebyarna väckte därefter talan mot Sverige i Europadomstolen och menade deras rättigheter enligt artikel 6 Europakonventionen hade kränkts genom att målet dels tagit alltför lång tid, dels för att de inte haft tillgång till ett effektivt rättsmedel. Europadomstolen fann att en process som tagit omkring 13 år och sju månader inte är skäligt enligt artikel 6 i Europakonventionen och förpliktigade därför Sverige att betala samebyarna 14 000 euro i skadestånd, *Case of Handölsdalen sami village and others v. Sweden*, 30 mars 2010 (Application no. 39013/04). Liknande processer har påbörjats på andra platser i renskötselområdet, bl.a. i Idre i Dalarna, Mora tingsrätts beslut 2004-02-16, mål nr T 805-03 (avskrivet), och Mora tingsrätts dom 2001-06-08, mål nr T 352-95 (tredskodom); Bjuröhalvön i Västerbotten, Skellefteå tingsrätts beslut om 2003-06-26, mål nr T 270-94 (avvisat), samt Hovrättens för Övre Norrland beslut 2006-12-28 (återkallat och avskrivet); i ett område mellan Luleå och Boden i Norrbotten, Luleå tingsrätts dom 2002-06-10, mål nr T 459-98 och T 460-98; i Rätan och Klövsjö i Jämtland, Östersunds

domstolarna har gjort en prövning i sak har denna föregåtts av synnerligen långvarig handläggning och de utrednings- och rättegångskostnader som belastar parterna i målen har blivit betydande. I några fall har dock ingen prövning i sak kommit till stånd, eftersom man från samebyarnas sida inte ansett sig ha ekonomiska möjligheter att gå i svaromål.

Regeringen tillsatte – delvis till följd av de pågående tvisterna – år 2002 en statlig utredning, Gränsdragningskommissionen, som i sitt slutbetänkande bl.a. redovisade hur renskötselrätten kan uppgraderas och i vilka områden den ansågs finnas.²¹ Utredningen har emellertid varit sig lätt till förändringar i lagstiftning eller lett till några andra beslut från regering eller riksdag.

Det renbetesmål som HD avgjort i april 2011 gäller renbete inom Nordmalings kommun. Parter i målet har varit drygt 120 markägare och tre samebyar. Markägarna yrkade i tingsrätten att domstolen skulle fastställa att någon sedvanerätt till renbete till förmån för samebyarna inte belastade deras fastigheter. Markägarnas talan ogillades i tingsrätten. Också hovrätten kom fram till att renbetesrätt föreligger i området. I sin dom skriver hovrätten:

I ett läge med begränsade resurser som olika intressenter utnyttjar samtidigt och delvis oförenligt måste samhället finna ett system för att reglera samexistensen. Man kan jämföra med den reglering nationellt och internationellt som finns och utvecklas när det gäller fiskenäringen. När det gäller renskötseln och dess förhållande till andra intressen har emellertid den lagstiftande och verkställande makten snarast gått motsatt väg. Efter hand som problemen har tilltagit har de ignorerats eller förpassats till utredningar.

Kvar finns en lagstiftning som formellt är tillämplig men som inte på ett balanserat och genomtänkt sätt tar hänsyn till samtliga inblandade intressen. Detta är till nackdel såväl för rennäringen som för samhället i övrigt.

Vilken blir då domstolarnas roll vid tillämpningen av gällande rättsregler?

I och med att regelverket är ofullständigt blir utrymmet för domstolarnas tolkning större. Det innebär att domstolarna har fått en normgivande roll som normalt inte tillkommer dem. Varje tillämpning av regelverket – bokstavstrogen, teleologisk, konservativ eller framåtsyftande – kommer att inrymma ett moment av politiskt ställningstagande. När hovrätten i det följande redogör för sin tolkning av olika begrepp och inom ramen för lagstiftningen försöker finna en rimlig och långsiktigt hållbar linje måste både hovrätten och den som läser hovrättens dom hålla i minnet att hovrätten även agerar i syftet att skapa rätt.

tingsrätt, mål nr T 977-04, överklagat till Hovrätten för Nedre Norrland som ännu inte har avgjort målet, mål nr T 879-05, målet återförvisat till tingsrätten för ny prövning; samt i Nordmaling i Västerbotten, NJA 2011 s. 109.

21 Samernas sedvanemarker SOU 2006:14.

Jakt- och fiskerätten

Samernas rätt till jakt och fiske är och har länge varit omdebatterad. Det har under lång tid rått mycket olika uppfattningar om hur samebymedlemmarnas jakt- och fiskerätt förhåller sig till markägarens motsvarande rättigheter. En grundläggande oklarhet är vem som innehar jakt- och fiskerätten på kronomark ovan odlingsgränsen och på renbetesfjällen (dvs. mark i fjällområdet som förvaltas av staten) – samerna ensamma eller samerna gemensamt med staten. När det gäller rätten till jakt och fiske bygger den svenska rätten på principen att rättigheten tillhör markägaren i jaktlagen och fiskelagen.²² I dessa lagar stadgas dock att samernas rätt regleras särskilt, varmed menas särskilda bestämmelser i RNL.

Enligt 25 § RNL har medlem i sameby rätt att jaga och fiska på utmark inom byns betesområde som hör till renbetesfjällen eller lappmarkerna, när renskötsel är tillåten där. I 32 och 34 §§ RNL finns särskilda regler om villkor för upplåtelser av nyttjanderätter på sådan kronomark ovanför odlingsgränsen som står under statens omedelbara disposition och på renbetesfjällen. Reglerna kompletteras av föreskrifter i 2 – 8 §§ rennäringsförordningen. Av dessa bestämmelser framgår att länsstyrelsen upplåter nyttjanderätter, t.ex. jakt och fiske, på denna mark. Upplåtelser av rätt till jakt och fiske sker mot en avgift som tillfaller den sameby som berörs av upplåtelsen och Samefonden (34 § RNL). Som villkor för upplåtelser av jakt och fiske gäller att upplåtelseerna kan ske utan avsevärd olägenhet för renskötseln och utan besvärande intrång i samernas rätt till jakt och fiske. Frågan om samernas rätt till jakt och fiske på kronomark ovan odlingsgränsen är en ensamrätt eller en rätt som delas med annan får inte något helt entydigt svar i lagstiftningen, vare sig i rennäringslagen eller i någon annan lagstiftning.

Alltsedan 1886 års renbeteslag har staten i viss utsträckning förfogat över samernas jakt- och fiskerätt i fjällområdet. Upplåtelseerna av jakten och fisket har sedan dess skötts av länsmyndigheterna. Som skäl för detta anfördes dels att den ene lappen inte borde till skada för den andre förfoga över förmåner som tillagts flera lappar gemensamt, dels att ett lappsamfund var föga ägnat att förhandla till gemensamt beslut och att ingå avtal samt att till samfällt gagn använda inflytande medel.²³ Det finns inga direkta stadganden som visar att staten före eller efter 1886 års lag gjorde anspråk på en markägares rätt till jakt och fiske. Förarbetena till 1886 års lag diskuterar inte någon rätt för staten i sammanhanget, utan det är samernas rätt som myndigheterna upplåter. Samma uppfattning framträder i en rad senare utredningar om jakt och fiske i fjällen.²⁴ Det talas om en ensamrätt för

22 10 § jaktlagen (1987:259), 9 § fiskelagen (1993:787).

23 Förslag till förordning angående svenska Lapparne och de bofasta i Sverige samt till förordning angående renmärken afgivna af den dertill utaf Kongl. Maj:t förordnade komité (1883) s. 105 f.

24 För en genomgång av dessa utredningar se Bäärnhjelm, Mauritz, Jakt- och fiskerätten i renskötselområdet, SOU 2005:17 s. 59 ff.

samerna till jakten och fisket. Lagstiftaren tycks ha erkänt en ensamrätt för samerna under närmare 100 år genom lagstiftningens utformning och motiv.²⁵

Statens syn på samernas rätt till jakt och fiske tycks dock ha förändrats över tid. Enligt ett synsätt som först framträdde i propositionen med förslag till 1987 års jaktlag är samernas rätt av lägre kvalitet än vanliga jakt- och fiskerätter. Staten, som fastighetsägare, skulle ha den egentliga jakträtten på fastigheten.²⁶ Argument för att staten skulle ha rätt till jakt och fiske som markägare är att detta följer av jakt- och fiskelagarna samt att staten upplåter rätt till jakt och fiske på denna mark. Därutöver kan anföras att staten upplåtit nybyggen under 1700- och 1800-talen och att nybyggarna då tillerkänts jakt- och fiskerätt. I övrigt är det svårt att se att staten har utövat någon civilrättslig rätt. Frågan ställdes på sin spets när staten öppnade upp småviltjakten för alla 1993. Någon förändring i RNL skedde inte. Däremot innebar nya regler i 1993 års rennäringsförordning att länsstyrelsens upplåtelse av jakt- och fiskerätt borde ske i betydligt större utsträckning än förut.²⁷ Tidigare fanns ingen skyldighet för länsstyrelserna att upplåta sådan jakt och fiske. Förändringarna ansågs kunna ske utan att samernas renskötsel eller rätt till jakt och fiske trädde för när. Protester framfördes från både samiska representanter och från jurister insatta i frågeställningarna.²⁸

De oklarheter som finns om jakt- och fiskerätten har lett till motsättningar mellan olika grupper som berörs. Det var en av anledningarna till att Jakt- och fiskerättsutredningen tillsattes 2003, för att så långt det ansågs möjligt klarlägga grunderna för och omfattningen av samebymedlemmarnas och markägarnas jakt- och fiskerätt i lappmarkerna och på renbetesfjällen. Ett annat uppdrag var att söka samförståndslösningar och samarbetsmöjligheter mellan samebymedlemmar och markägare. Uppdraget hade alltså både en juridisk och politisk dimension.²⁹

Utredningen konstaterade i sitt slutbetänkande inledningsvis att samebymedlemmarnas jakt- och fiskerätt på samma sätt som markägarens jakt- och fiskerätt är en fullvärdig rätt, som inte är underordnad markägarens rätt. Utredaren uttalade vidare att det finns material som visar att det sammantaget finns ett starkt stöd för att samebymedlemmarna har en ensamrätt till jakt och fiske på statens mark ovanför odlingsgränsen och på renbetesfjällen. Utredaren ansåg det dock inte helt klarlagt att det finns en samisk ensamrätt till jakt och fiske på statens mark ovanför odlingsgränsen och på renbetesfjällen. Utredningen föreslog att

25 Rennäringspolitiska kommittén konstaterade att mycket tyder på att samerna av ålder haft en ensamrätt till jakten och fisket, en ståndpunkt som staten alltjämt hävdade på 1940-talet (NJA 1942 s. 336). Inte heller i skattefjällsmålet gjorde staten gällande att den som markägare hade jakt- och fiskerätten, jfr NJA 1981 s. 1 s. 233.

26 Se prop. 1986/87:58 s. 45.

27 Prop. 1992/93:32 s. 148 f., SFS 1993:384.

28 Se Beslutet om småviltjakten – En studie i myndighetsutövning. Rapport utgiven av Sametinget 1994, med bidrag av en rad författare samt Bengtsson, Bertil, Om jakt och fiske i fjällmarken, SvJT s. 78 ff.

29 Inom ramen för utredningsarbetet gjordes ett antal rättsliga analyser av samernas jakt- och fiskerätt. De rättsliga analyserna finns i SOU 2005:17 och SOU 2005:79.

jakten och fisket ska förvaltas av samverkansföreningar i samverkansområden, där medlemmarna ovan odlingsgränsen ska vara staten, samebymedlemmar och de privata markägarna. Utredningens förslag kritiserades från flera håll och den har inte lett till förändringar i lagstiftningen.

I maj 2009 lämnade Girjas sameby i Norrbotten in en stämningsansökan mot svenska staten där samebyn yrkar att domstolen ska fastställa att samebyn har en ensamrätt till jakt- och fiske i förhållande till staten inom samebyns marker ovan odlingsgränsen på de marker som staten förvaltar. Talan är förankrad hos i princip alla landets samebyar.³⁰ Staten har bestritt yrkandet och för sin del yrkat att talan ska avvisas då samebyn inte har rätt att företräda renskötselrätten eftersom denna rätt tillhör hela den samiska befolkningen. Tingsrätten har beslutat att tillåta talan.³¹ Beslutet har överklagats av staten.

Internationell kritik

Sverige har vid upprepade tillfällen kritiserats av internationella organ för den bristande hanteringen av samiska rättigheter.³² I flertalet av de rapporter som berör samerna återkommer dessa organ till frågorna om samiska rättigheter till land och vatten. Generellt uttrycker de internationella organen oro över de begränsade framsteg som har gjorts för att lösa frågor om samernas rätt till land och vatten. Det konstateras att de utredningar som gjorts inte leder till förändringar. Organen är kritiska mot de rättegångar som pågår. Det riktas framförallt kritik mot utformningen av bevisbördan, där samerna har att visa att de har använt mark i 90 år och där samernas markanvändning samtidigt bara i begränsad omfattning leder till spår på marken. Vissa organ menar att bevisbördan i sig är diskriminerande. Det påpekas också att samebyarna inte har möjlighet till rättshjälp enligt svensk lag och att de därför har begränsade möjligheter att driva rättsliga processer för att få klarlagt sina rättigheter. Svenska staten uppmanas att vidta effektiva åtgärder för att förbättra situationen. Organen pekar på att det krävs ny lagstiftning som förändrar bevisbördan och som ger samerna rätt till rättshjälp i frågor som rör deras landrättigheter. Staten uppmanas att utöka arbetet för att lägga fast samernas traditionella område. Staten uppmanas också att hitta andra former för att lösa de tvister som finns.

30 Se beslut fattat av Svenska Samernas Landsmöte juni 2008 där organisationens medlemmar (samebyar och sameföreningar) ställde sig bakom en stämning av staten.

31 Gällivare tingsrätts beslut 2011-02-17 i mål nr T 323-09.

32 Se senast FN:s kommitté för avskaffande av alla former av rasdiskriminering rapport CERD/C/SWE/CO/18 augusti 2008, FN:s kommitté för mänskliga rättigheter rapport CCPR/C/SWE/CO/6 april 2009, Europarådets kommissionär för mänskliga rättigheter rapport CommDH (2007) 10, rapport från FN:s specialrapportör för mänskliga rättigheter och grundläggande friheter för urfolk den 12 januari 2011 A/HRC/18/XX/add y.

Mina reflektioner

Min slutsats är att en av de främsta orsakerna till att principiella frågor som rör samernas markanvändning nu avgörs i domstolar är att det finns en grundläggande skillnad i synen på om frågorna över huvud taget rör rättigheter eller inte. Samerna har organiserat sig sedan 1950-talet och har sedan dess drivit frågor om mark och vatten som rättsliga frågeställningar.³³ Det har från samiska organisationer framförts krav om rättsliga ställningstaganden och rättsliga utredningar.

Under stora delar av 1900-talet har statens grundläggande inställning varit att samernas möjligheter att använda mark och vatten grundar sig i privilegier givna av staten.³⁴ Samepolitiken har fokuserat på rennäringen och framförallt rört de näringsrättsliga delarna av markanvändningen. I de offentliga utredningar som genomförts har det endast funnits begränsade inslag av rättsliga analyser. Bedömningarna har huvudsakligen utgått från rennäringens behov och hur rennäringen bör utvecklas. De har också gjorts mer utifrån vad som är lämpligt i förhållande till andra intressen än utifrån en bedömning av renskötselrätten som enskild rätt.³⁵ De domstolsprocesser som nu pågår framtvingar dock rättsliga avgöranden. Det finns dock, som jag ser det, ett antal grundläggande problem med att dessa tvister nu prövas i domstol.

Det första problemet är att det fortfarande finns mycket som är outrett när det gäller samisk markanvändning i historisk tid. Samerna har saknat skriftspråk och har inte tecknat ner skeenden i historisk tid. Det material som finns är framförallt offentligt material, där statens tjänstemän i olika avseenden har skrivit ner hur de uppfattat situationen. Det är svårt att ur ett sådant material få en riktig bild av hur den samiska markanvändningen och markägarnas eventuella invändningar mot denna har sett ut.

Ett annat problem är de höga kostnader som rättegångarna innebär. Det rör sig om en omfattande bevisning där arbetet med att ta fram material ofta tar många år. I de mål som genomförts har det rört sig om tiotals miljoner kronor innan frågorna är slutligen avgjorda. De kostnader som uppkommer måste i slutänden bäras av parterna. Att kostnaderna är så stora innebär i sig en risk för att parterna väljer att inte vända sig till domstol för att få principiellt viktiga frågor prövade.³⁶

33 Om denna process se avhandling av Lantto, Patrik, Tiden börjar på nytt. En analys av samernas etnopolitiska mobilisering i Sverige 1900 – 1950.

34 Se Mörkenstam s. 79 ff. om ”Lappprivilegiernas legitimering” – ”renskötseln fordrar att lappen förer ett nomadiserande liv”, 1883 – 1917.

35 Se t.ex. Patrik Lantto, och Ulf Mörkenstam, Sami Rights and Sami Challenges, *Scandinavian Journal of History*, 33:1 s. 38, 2007; ”När andra och motstående intressen beaktas förändras perspektivet från att vara en fråga om samiska rättigheter och urfolks rättigheter, till att vara en konflikt mellan olika intressen. Staten har en skyldighet att balansera olika intressen. Det har alltid varit ett argument för begränsade rättigheter och synsättet har inte övergivits. Det förklarar och berättigar ett fortsatt patriarkaliskt synsätt och det berättigar statens regleringar och kontroll över rennäringen.” (Min översättning)

36 För markägare finns dock en möjlighet att teckna en rättsskyddsförsäkring för att täcka delar av kostnaderna.

Ett ytterligare problem är att det genom domstolsprövningar inte görs mera övergripande avvägningar mellan de intressen som finns. Detta kan t.ex. jämföras med regleringen av förhållandet mellan äganderätten och hyresrätten, där sociala faktorer och särskilda skyddsintressen som lagstiftaren har ansett vara särskilt viktiga har vägts in. I lagstiftningsprocessen kan sådana avvägningar göras, medan prövningen i domstolen rör det enskilda fallet – vilket bl.a. kan leda till olika bedömningar i olika domstolar i likartade fall. Dessa processer riskerar också att skapa onödiga spänningar mellan markägare och renägare.

En annan grundläggande fråga är om det är rätt sakfrågor som prövas i rättegångarna. Som skäl för markägarna att väcka talan mot samebyarna i Nordmalingsmålet har det ofta framförts att markägarna anser att renskötseln orsakar problem i deras skogar. Det tycks därför vara reglerna om förhållandet mellan de olika verksamheterna som är det grundläggande problemet, t.ex. regler om skadestånd. Målen gäller nu i stället rätten att över huvud taget beta renarna på fastigheterna.

Mycket talar därför för att frågorna borde avgöras av lagstiftaren. Det finns dock faktorer som talar mot att lagstiftaren kan avgöra alla de rättsfrågor som behöver klarläggas. När det gäller vinterbetesområdets omfattning gäller frågan ytterst i vilka områden rättigheter har upparbetats genom urminnes hävd. Det är då en fråga om bevisprövning för att kunna ta ställning till detta. Eftersom bedömningarna berör egendom och civilrättsliga förhållanden finns det begränsningar i hur lagstiftaren får hantera frågorna. Jag menar att respekten för enskild rätt och egendomsskyddet gör att det är svårt att se att lagstiftaren kan avgöra detta. Frågan bör ytterst avgöras i någon typ av domstolsförfarande. Gränsdragningskommissionen konstaterade att ansvaret för lagregleringen ligger på staten och att staten därför bör ta ett kostnadsansvar för utredningarna. Därför pekade utredningen i sitt slutbetänkande på behovet av ett utrednings- och medlingsinstitut, som skulle utgöra ett särskilt organ för utredning och medling vid konflikter om markrättigheter.³⁷ Detta kan vara ett alternativt sätt att lösa de konflikter som finns.

När det gäller jakt- och fiskerätten är läget delvis ett annat eftersom staten själv är part i målet. Genom en rättslig analys och en rättslig bedömning bör det kunna fastställas om det rör sig om en samisk ensamrätt till jakt och fiske. Den utredning som Jakt- och fiskerättsutredningen gjorde innebär i huvudsak en lösning som ansågs politiskt genomförbar, utan att hänsyn togs fullt ut till de rättsliga analyserna. Genom en utredning som bara tar hänsyn till rättsliga förhållanden borde denna fråga kunna lösas utanför domstolarna.

37 SOU 2006:14 s. 505 ff.

Bemötande av brottsoffer. Ett svårhanterligt begrepp i en rättslig kontext

I mars år 2011 beslutade Svea hovrätt att undanröja en tingsrättsdom och återvisa målet, som rörde sexualbrott mot en underårig flicka, till tingsrätten på grund av rättegångsfel. Felet bestod i att den offentliga försvararen vid flera tillfällen förhindrades att ställa frågor till målsäganden vid ett motförhör. Enligt hovrätten, som tagit del av ljud- och bildupptagningen av målsägandeförhöret, försvårades den offentliga försvararens möjligheter att ställa frågor då rättens ordförande ”upprepade gånger avbrutit honom och kritiserat frågorna, tillrättavisat honom och ifrågasatt hans sätt att sköta försvaret.”³⁸ Rättens ordförande framförde till exempel inledningsvis att hon hoppades att försvararens förhör inte skulle ta alltför lång tid, dels för att det inte skulle vara sakligt motiverat att ta om alla uppgifter en gång till och dels för att en sådan upprepning skulle kunna inverka negativt på målsäganden.³⁹ Det ledde till att målsäganden inte hördes av försvaret i motförhöret om alla de åtalade punkterna, eftersom försvararen kändes sig förhindrad att ställa fler frågor.⁴⁰ Målet uppmärksammades även i media där ordföranden då uttalade att:

Det är möjligt att jag gjort fel, men det är jag som har ansvaret för att förhandlingen sköts på ett värdigt sätt. Det är en svår avvägning när det handlar om en ung målsägare som utsatts för sexuella övergrepp.⁴¹

³⁸ Svea hovrätt, Mål nr B 895-11.

³⁹ Solna tingsrätt, Mål nr B 6697-10, målsägandeförhör. Rättens ordförande menade bland annat att de ”måste vara lite försiktiga om målsäganden.”

⁴⁰ Svea hovrätt, Mål nr B 895-11.

⁴¹ Dagens nyheter, ”Grovt rättegångsfel - mål tas om”, publicerad 2011-03-10 11:09.

Hovrätten menade att ordförandens beteende i tingsrätten stred mot såväl rättegångsbalkens bestämmelser om motförhör och Europakonventionens bestämmelser om en rättvis rättegång.⁴² Därför menade hovrätten att tingsrätten begått ett allvarligt rättegångsfel, inte minst för att den fällande domen i huvudsak därför endast grundades på målsägandens uppgifter vid huvudförhandlingen och gav ett långt fängelsestraff som påföljd.⁴³

Ovanstående mål visar tydligt på svårigheter som kan möta aktörerna inom rättsväsendet när olika intressen ställs mot varandra, i detta fall bemötandet av målsäganden i rättegången ställt mot svarandens rätt till en rättvis rättegång. Bemötandet av brottsoffer i rättsprocessen kan dock aktualiseras i en mängd olika situationer, som vid anmälan, förhör eller vid allmänna kontakter för att svara på målsägandens frågor, eller vid en eventuell huvudförhandling. Bemötandet av brottsoffer är också aktuellt i förhållande till samtliga aktörer i rättskedjan – polis, åklagare och domstol.⁴⁴

Bemötande av brottsoffer i fokus

Kraven på rättsväsendet att i större utsträckning beakta brottsoffers rättigheter – till exempel just *bemötandet* av brottsoffer – har stadigt ökat under en 20-årsperiod, och under 1990- och 2000-talet har det alltmer behandlats i en juridisk kontext. Framför allt har olika förarbeten diskuterat bemötande av brottsoffer och efterfrågat ett ”gott”, ”korrekt” eller ”professionellt” bemötande från rättsväsendets aktörer.

Den som har utsatts för brott skall bemötas på ett korrekt sätt och erhålla relevant information om såväl utvecklingen i det egna ärendet som vilket stöd som finns att tillgå. Det är regeringens övertygelse att brister i bemötande och omhändertagande till stor del har sitt ursprung i dåliga kunskaper om vad det innebär att ha blivit utsatt för brott. Alla som arbetar inom rättsväsendet och som kommer i kontakt med brottsoffer bör därför erhålla utbildning om brottsofferproblematiken.⁴⁵

Ovanstående uttalande är hämtat från en proposition som regeringen lade fram under våren 2001, *Stöd till brottsoffer*, som tog ett brett grepp om brottsofferfrågan och som i stort syftade till att förbättra stödet för människor som utsatts för brott. Detta skulle åstadkommas genom en rad olika åtgärder, som ovan nämnda utbildningsåtgärder för att förbättra bemötandet av brottsoffer i rättsprocessen. I

⁴² Rättegångsbalken 36 kap 17 §, (37 kap 1 §), Europakonventionen artikel 6.

⁴³ Svea hovrätt, Mål nr B 895-11. Mannen dömdes till fem års fängelse för våldtäkt mot barn och sexuell ofredande, Solna tingsrätt, Mål nr B 6697-10.

⁴⁴ Här avses de för brottsoffer mest centrala aktörerna i rättsväsendet. Liknande motivering till val av aktörer återfinns i Lindgren, 2004, s. 18 och 159.

⁴⁵ Proposition 2000/01:79, s. 12.

budgetpropositionen för rättsväsendet år 2011, tio år senare, diskuteras frågan på liknande sätt och där menar man att ”[d]et är en självklarhet att rättsväsendet bemöter brottsoffer med respekt och professionalism.” Där lyfts också brottsoffers erfarenheter och vittnesmål upp som viktiga för brottsutredningen och genom ett professionellt bemötande ska den information som brottsoffer kan bidra med på bästa sätt tas tillvara när brott ska klaras upp.⁴⁶

Liknande resonemang har förts i förarbeten och framförts som politiska mål genom hela 2000-talet – både i generella termer formulerade som mål riktade till hela rättsväsendet i budgetpropositioner och liknande – och även mer specifikt riktat till olika aktörer i rättskedjan. Avseende exempelvis polisens arbete har bemötande av brottsoffer på en mängd olika sätt belysts under senare år, och bemötande har lyfts fram som ett relativt nytt, men starkt, krav på polisarbetet som inte kan förväntas minska i betydelse framöver.⁴⁷ Även åklagarens och domstolarnas bemötande av brottsoffer har uppmärksammats av lagstiftaren, och i processen att modernisera rättegången var en målsättning med de vidtagna åtgärderna att lindra den psykiska pressen på vittnen och brottsoffer.⁴⁸ Som motiv till att bland annat åklagarna ska verka för att göra brottmålsprocessen snabbare och effektivare tas till exempel upp att det ska bli en mer human process för brottsoffer, då lagstiftaren menade att effektivitet gynnar de som har blivit utsatta för brott när de genomgår en rättsprocess.⁴⁹ Under år 2008 aktualiserades bemötandefrågor återigen för domstolarna, och i en utredning om förtroendet för domstolarna fördes ett resonemang kring bemötande som begrepp och dess innebörd för samhället och den egna verksamheten. Där skiljde utredningen på det *institutionella bemötandet* som domstolen kan ge en enskild som kommer i kontakt med den, och det *personbemötande* som enskilda får av anställda vid domstolen.⁵⁰

Det institutionella bemötandet diskuterades i relation till utformandet av de kallelser som domstolarna skickar ut och även avseende utformandet av domstolens lokaler. Särskilda väntrum eller utrymmen skulle finnas tillgängliga för vittnen och målsäganden i samtliga allmänna domstolar. De kallelser som skickas ut till berörda parter har genomgått förändringar sedan 1990-talet då de ansågs ha en för hård ton och en för formell prägel, vilket åter aktualiserades i utredningen

⁴⁶ Proposition 2010/11:01, s. 17. Bemötande av brottsoffer tas upp som ett politiskt mål för år 2011.

⁴⁷ SOU 2007:39, s. 125. Bemötande av brottsoffer lyfts här fram som en aspekt av polisens möte med allmänheten; ”Frågan om bemötande gör sig inte minst gällande vad gäller brottsoffer. Brottsoffren har de senaste åren kommit allt mer i fokus och inget tyder på att den frågan kommer att minska i betydelse.” Bemötandefrågor generellt diskuteras också angående den framtida polisutbildningen i SOU 2008:39, s. 101.

⁴⁸ Proposition 2004/05:131, s. 220. Exempel på åtgärder som vidtogs var att vittnen och brottsoffer, som kände obehag eller rädsla inför att inställa sig i rätten, i större utsträckning skulle kunna delta via videokonferens.

⁴⁹ Proposition 2003/04:89, s. 9.

⁵⁰ SOU 2008:106, s. 120.

om förtroendet för domstolarna. Problemet ansågs kvarstå och utredningen framförde krav på att ändringar skulle vidtas för att göra kallelser mer lättillgängliga och samtidigt uppfylla de juridiska krav på vad som måste finnas med i kallelsen. Tillgänglighet via telefon och hemsida och öppettider för myndigheten diskuterades också som en del i bemötandet av allmänheten.

Personbemötandet kunde enligt utredningen röra situationer då till exempel en målsägande tar kontakt med en anställd på domstolen, antingen genom personliga kontakter eller via telefon. Bemötande i det sammanhanget kunde handla om vilket tonfall som används, språkbruk, klädsel och även situationen som helhet eller vilka förväntningar den kontaktsökande personen hade på aktören han eller hon möter. Att personalen har kunskap om de behov och förväntningar som allmänheten kan ha på rättsväsendet nämndes därför som en förutsättning för att kunna ge ett gott bemötande. Att de som hörs i domstolen bemöts väl gynnar dem och ger dem en smidigare process, men motiverades också utifrån en rättssäkerhetsaspekt. Dessa personer tros nämligen bli bättre bevispersoner om de bemöts på ett ”gott” sätt, vilket ger domstolen ett bättre underlag i sitt dömande.⁵¹

Bemötande i lagstiftning?

Som nämnts har bemötande av brottsoffer under 1990- och 2000-talet diskuterats främst i olika förarbeten, och även i aktörernas egna policydokument som tillkommit genom uppdrag i regleringsbrev eller genom regeringsuppdrag. När bemötandet ska stötts upp av lagstiftning blir det svårare att hitta regleringar av bemötande, särskilt i förhållande till brottsoffer. Detta kan bero på att ett bemötande är ett komplicerat och svårdefinierat begrepp, som kan upplevas och uppfattas väldigt olika från person till person. I den ovan nämnda utredningen från år 2008 görs en ansats att mer specifikt definiera vad som borde anses ingå i ett ”gott bemötande”. Det är ett försök att förtydliga hur ett gott personbemötande kan se ut, utan att det ska stå i konflikt med domarens skyldighet att förhålla sig neutral och objektiv. Här menar utredaren att det inte borde råda oenighet gällande att personalen på domstolen ska uppträda respektfullt och korrekt. Däremot menar man att

[r]espekt kan emellertid förenas med antingen en distanserad och reserverad hållning eller med vänlighet, dvs. en hållning som innefattar mänsklig värme. I vad mån ett gott och respektfullt bemötande från domstolspersonals sida alltid bör innefatta den senare aspekten kan nog vara föremål för diskussion.⁵²

Några specifika slutsatser kring vad som ska ingå i ett gott personbemötande lämnar utredaren dock inte, även om utredaren lyfter fram vikten av att informera

⁵¹ SOU 2008:106, s. 18, 120, 124, 156-157.

⁵² SOU 2008:106, s. 122.

brottsoffer om domstolens roll för att ”tona ner” eventuella förväntningar på att domstolen uttryckligen ska visa medkänsla eller att de inte ska ifrågasätta brottsoffret. Utredaren menar också att empati, i form av lyhördhet och uppmärksamhet, borde ha en självklar plats i det personbemötande som domstolen ger.⁵³

Ovanstående är endast exempel på hur bemötande har diskuterats i en rättslig kontext med fokus på hur rättsliga aktörer ska behandla och bemöta brottsoffer, såväl genom ett personbemötande som genom olika institutionella åtgärder. Det visar att det kan vara ett mycket svårdefinierat begrepp och därmed ett svårt krav för den enskilda tjänstemannen (eller myndigheten) inom rättsväsendet att leva upp till. Det kan dessutom vara svårt att lagstifta kring ett begrepp av den vaga natur som bemötande tycks vara, vilket återspeglas i den allmänt hållna lagstiftning som går att koppla till rättsväsendets bemötande i allmänhet och av brottsoffer i synnerhet. Bemötandet regleras i olika utsträckning av bestämmelser i regeringsformen (RF), förundersökningskungörelsen, (FUK) rättegångsbalken (RB), förvaltningslagen (FL), polisförordningen (PF) och lagen om målsägandebiträde (LoM).

Brottsoffers rätt till ett gott bemötande har grundlagsstöd genom RF 1 kap. 2 § som bland annat stadgar att den offentliga makten ska utövas med respekt för alla människors lika värde, och att den offentliga arbetar för enskilda människors frihet och värdighet. Bestämmelsens andra stycke fokuserar på de sociala rättigheter som är karaktäristiska för ett välfärdssamhälle, som rätten till hälsa, trygghet och omsorg. Då bestämmelsen är ett målsättningsstadgande ger den inte medborgarna några faktiska rättigheter som kan prövas eller påkallas i domstol.⁵⁴ Myndigheterna ska arbeta efter principen och sträva efter att uppnå de värden som den symboliserar, men om den inte följs kan det alltså inte åberopas rättsligt av enskilda.⁵⁵

Bestämmelser om det institutionella bemötandet finns reglerat i förvaltningslagens bestämmelser om myndigheters tillgänglighet gentemot allmänheten.⁵⁶ Myndigheterna ska ta emot både telefonsamtal och besök, och om det finns särskilda tider för när det kan ske ska allmänheten underrättas om tiderna på ett lämpligt sätt. Myndigheterna ska också kunna nås via fax eller e-post och även kunna erbjuda svar på samma sätt.⁵⁷ Bestämmelsen om e-post och fax infördes år 2003 då alltfler människor i samhället då främst använde sig av e-post

⁵³ SOU 2008:106, s. 121- 122. Däremot menar utredaren att det är mer tveksamt om personalen på domstolen ska visa sympati eller medkänsla.

⁵⁴ SOU 1975:75, s. 183-184.

⁵⁵ Se proposition 1975/76:209 s. 128. Se även SOU 2007:67, s. 30. Det kan därför bara bli föremål för politisk kontroll och påtryckningar och inte för rättslig kontroll. SOU 1975:75, s. 184.

⁵⁶ Förvaltningslagens 5 § reglerar denna tillgänglighet på en mer detaljerad nivå.

⁵⁷ Se dock begränsning och specificering Offentlighets- och sekretesslag (2009:400), 6 kap, 4, 6 §§.

och detta kommunikationsmedel behövde därför uppmärksammas särskilt genom att införa en skyldighet för myndigheterna att tillgodose möjligheterna till e-postkommunikation.⁵⁸

Det står ingenting uttryckligen om hur personbemötandet som myndigheterna ger personligen eller vid kontakt via telefon eller e-post ska ta sig uttryck, men det har beskrivits som att detta ska göras på ett tillmötesgående sätt och polisförordningen stadgar att “[a]nställda inom polisen skall i arbetet uppträda på ett sätt som inger förtroende och aktning. De skall uppträda hövligt, hänsynsfullt och med fasthet samt iaktta självbehärskning och undvika vad som kan uppfattas som utslag av ovänlighet eller småaktighet.”⁵⁹ Detta borde anses vara lika tillämpligt i all allmän verksamhet som i polisverksamheten.⁶⁰

Det finns även bestämmelser kring bemötandet i förhållande till en mer konkret situation som en målsägande kan befinna sig i, nämligen huvudförhandlingen. Rättens ordförande är den som ansvarar för att ordningen i rättssalen upprätthålls, vilket är relevant för målsäganden då det ska tillförsäkra ett lämpligt klimat under huvudförhandlingen. Första stycket i 5 kap. 9 § RB stadgar vidare att domaren får utvisa personer som på något sätt stör förhandlingarna eller “på annat sätt uppträder otillbörligt”. Det innebär också att ingen ska ha anledning att känna sig kränkt i rättssalen, och att det är rättens ordförande som ska se till att den personliga integriteten hos berörda parter inte kränks.⁶¹ Detta är intressant i förhållande till det rättsfall som nämndes inledningsvis, då rättens ordförande anser sig ha värnat om målsägandens välmående, även om det i det målet ledde till att hela fallet återvisades.

Den bestämmelse som mest uttryckligt tar sikte på bemötande av bland annat brottsoffer, (särskilt unga brottsoffer som är under 18 år gamla) är förundersökningskungörelsens 17 §. Den stadgar att förhör med målsägande (eller en misstänkt eller ett vittne) som är under 18 år ska planeras och hanteras på ett sätt som gör att den som förhörs inte riskerar att ta skada av förhörssituationen. Särskild vikt ska läggas vid detta om frågorna rör sexuallivet. Det ska enligt samma bestämmelse inte heller väckas onödig uppståndelse kring förhöret, och det får inte vara mer ingående eller hållas vid fler tillfällen än vad utredningen kräver

⁵⁸ Se proposition 2002/03:62 s. 10-14. Tillgänglighet och kommunikation diskuteras i förhållande till förvaltningslagens bestämmelser utifrån den enskildas krav, inte brottsoffer särskilt, men det kan naturligtvis även komma brottsoffer tillgodo vid behov av allmän och generell information eller annan vägledning från myndigheterna.

⁵⁹ Polisförordning (1998:1558) 4 kap. 1 §.

⁶⁰ Wennergren, 2008, s. 60. Utredningen från år 2010 gällande en ny förvaltningslag har lagt förslag till ändringar även på detta lagrum. Ändringarna syftar till att både göra bestämmelsen mer specifik och mer generell. Förslaget är mer generellt genom att inte närmare specificera på vilket sätt myndigheter ska vara tillgängliga för allmänheten, utan endast att de ska vara det. Den ska bli mer specifik genom att förtydliga myndigheternas skyldigheter vid mottagande av ett meddelande, SOU 2010:29, s. 211 (se även föregående sidor).

⁶¹ RB 5 kap. 9 §, Lindgren, 2004, s. 181-182.

och vad som är rimligt utifrån barnets bästa. Detta ska uppnås genom en kompetent och lämplig förhållningsledare håller i förhören.⁶²

Bemötandes vaga natur

Bestämmelserna om bemötande är, förutom gällande hänsyn till barn som målsägande enligt FUK, av mer allmänt hållen natur och riktar sig till rättsväsendets möte med enskilda i allmänhet och inte uttryckligen till mötet med målsäganden. Lagstiftningen uttrycker alltså inte de krav som lagstiftaren ställer på rättsväsendet genom förarbeten och regleringsbrev, möjligen just på grund av bemötandets vaga natur och svårigheterna med att definiera vad som kan och bör ingå i ett ”gott” eller ”korrekt” bemötande i olika situationer.

Trots det har bemötande gentemot brottsoffer diskuterats av både Justitiekanslern och Justitieombudsmannen och kritik har riktats mot aktörer inom rättsväsendet för att inte ha levt upp till kraven på ett korrekt bemötande. Enligt JK ligger det i den offentliga tjänsten att ”en tjänsteman givetvis har en skyldighet att iakttä de krav på ett korrekt uppträdande och vänligt bemötande som följer med den offentliga tjänsten.”⁶³ Vilket bemötande som anses lämpligt från en åklagare till en målsägande (här gällande en ung målsägandes mamma) förtydligas möjligen något av JO under år 2008, då mamman spelat in en del av ett telefonsamtal med den åklagaren som var ansvarig åklagare i ett fall gällande misstänkt misshandel av sonen (där den misstänkte gärningsmannen var sonens far). Åklagaren uttryckte där bland annat att han tyckte att saken var ”småttig” och att föräldrar får använda ett visst mått av våld mot sina barn. JO gjorde bedömningen att åklagaren skulle ha uttryckt sig på ett mer respektfullt sätt.

Det är naturligtvis viktigt att befattningshavare vid åklagarväsendet bemöter allmänheten på ett korrekt och professionellt sätt och därmed vinnlägger sig om att upprätthålla förtroendet för rättsväsendet. Det innebär t.ex. att en åklagare ska avstå från att uttala sig på ett sätt som innebär att denne bagatelliserar det saken gäller. Inte minst vid samtal med personer som uppger att de själva eller nära anhöriga blivit utsatta för brott är det givet att sådana uttalanden med fog kan uppfattas som kränkande. Till ett korrekt och professionellt bemötande hör

⁶² Sista stycket i 17 § FUK som stadgar att onödigt många förhör inte ska hållas tillkom år 2001, och skärper kravet på när flera förhör kan behöva hållas. Sådana tillfällen kan vara när nya uppgifter tillkommer i utredningen. För lagändring år 2001 se SFS 2001:645. I 18 § FUK framgår det även att förhör helst inte ska hållas i skolan eller liknande plats där den unge kan riskera att hans eller hennes kamrater får reda på saken.

⁶³ JK, Diarienummer 1476-97-20. (*Klagomål mot att Riksåklagaren i ett beslut felaktigt angett att ett förhör med en målsägande ägt rum*).

givetvis också att en åklagare, när denne redogör för innehållet i gällande rätt, lämnar korrekta upplysningar.⁶⁴

Även om uttalandet från JO kan ses som en riktlinje för hur rättsväsendets aktörer *inte* ska bete sig – som att inte uttala sig felaktigt eller kränkande – är det inte frågan om riktlinjer för hur aktörerna faktiskt ska bete sig, förutom att de ska lämna korrekta upplysningar.⁶⁵ Liksom i förarbeten som diskuterat bemötande, poängterar dock även JO att bemötandet är viktigt för att upprätthålla ett högt förtroende för rättsväsendet.

Att ett gott bemötande av brottsoffer motiveras av lagstiftaren med att det gynnar brottsoffers välbefinnande, rättsprocessen som sådan och förtroendet för rättsväsendet, genom att brottsoffer i högre utsträckning anmäler brott och fullföljer en rättsprocess, visar att det är ett viktigt begrepp att diskutera i en rättslig kontext. Det visar också på svårigheterna med att föra in ett så vagt begrepp som bemötande på den rättsliga arenan. Undersökningar har till exempel visat att vissa brottsoffer upplever att det finns brister i det bemötande som rättsväsendets aktörer ger,⁶⁶ och studier har också visat på tendenser till att brottsoffer generellt har ett lägre förtroende för rättsväsendet än vad människor som inte har blivit utsatta för brott har.⁶⁷ Orsakerna till brottsoffers upplevelser av rättsväsendets bemötande, och vissa brister i det bemötandet, kan säkerligen vara flera, men möjligen kan det vara ett uttryck för att ett gott bemötande av brottsoffer kan vara svårt att kombinera med andra krav som ställs på rättsväsendets arbete. Rättsfallet som nämndes inledningsvis och domarens uttalande kring det visar på liknande tendenser. Åklagare har också länge signalerat att det kan vara svårt att tillgodose brottsoffer behov av till exempel ett gott bemötande inom ramen för deras lagstadgade krav på objektivitet.⁶⁸ Sådana tankegångar har senare uppmärksammats i ett kommittédirektiv som meddelar att denna problematik – brottsoffers rätt till personligt stöd och åklagarnas övriga

⁶⁴ JO, Diarienummer: 3912-2007. Beslutsdatum: 2008-05-14. Även JO Diarienummer: 1785-2006, Beslutsdatum: 2007-05-23 kritiserar en åklagare för att ha uttrycks sig illa till en målsägande i telefonen och därmed inte bemött denne på ett ”korrekt och professionellt sätt”.

⁶⁵ Att lämna upplysningar finns reglerat i ett flertal bestämmelser i till exempel förvaltningslagen och förundersökningskungörelsen. I mitt avhandlingsarbete har jag valt att separera kraven på information till brottsoffer från det bemötande rättsväsendet ska ge brottsoffer.

⁶⁶ Brå rapport 2010:1, s. 59 ff. Se även Lindgren, 2004, s. 233 ff. Ungefär hälften av de 3000 tillfrågade brottsoffren som ingick i Lindgrens studie svarade att de upplevde aktörernas bemötande som positivt, medan en tiondel hade mötts av ointresse och ytterligare en tjugondel hade möts av bryskhet eller tvärhet från enskilda representanter inom rättsväsendet. Se också Brå rapport 2009:20 - Tonåringars benägenhet att anmäla brott och deras förtroende för rättsväsendet.

⁶⁷ Brå rapport 2010:1, s. 34 ff, 72-73. Observera dock att undersökningen inte kunde säkerställa förhållandet mellan upplevelsen av att ha blivit dåligt bemött och det låga förtroendet, då förtroendet till exempel kan ha varit lågt för rättsväsendet hos dessa människor redan innan studien genomfördes (och innan de utsattes för brottet).

⁶⁸ Riksåklagaren, 2003, s. 7-8. Dokumentet är den nationella handlingsplan för brottsofferfrågor som åklagarväsendet har att följa.

uppgifter – ska utredas. Till exempel ska arbetsfördelningen mellan målsägandebiträde och åklagare undersökas. Kanske kan en sådan undersökning ge vissa svar på problematiken som kan uppstå när ett icke-rättsligt begrepp ska hanteras och införas inom den rättsliga strukturen?

Det är dock tydligt att det krävs mer undersökningar kring hur rättsväsendet ska leva upp till de krav som ställs på dem avseende bemötande av brottsoffer, och hur kraven ska undvika att kollidera med exempelvis objektivitetsplikten. Det är viktigt inte minst för att upprätthålla *förtroendet* för rättsväsendet, vilket såväl ett gott bemötande av brottsoffer som objektivitetsplikten till viss del syftar till.⁶⁹

⁶⁹ För diskussioner om vikten av objektivitet för att upprätthålla allmänhetens förtroende för rättsväsende och förvaltning, se till exempel Landström, 2011, s. 61, Bull, 2005, s. 104 och Rothstein, 2004, s. 223.

Källförteckning

Offentligt tryck

Proposition 1975/76:209 om ändring i regeringsformen.

Proposition 2000/01:79 Stöd till brottsoffer.

Proposition 2002/03:62 Några förvaltningsrättsliga frågor.

Proposition 2003/04:89 Åtgärder för ett effektivare och snabbare brottmålsförfarande.

Proposition 2004/05:131 En modernare rättegång - reformering av processen i allmän domstol.

Proposition 2010/11:1 Budgetproposition för 2011.

SOU 1975:75 Medborgerliga fri- och rättigheter.

SOU 2007:39 Framtidens Polis, Betänkande av Utredningen om den framtida polisutbildningen.

SOU 2007:67 Regeringsformen ur ett könsperspektiv, Grundlagsutredningen.

SOU 2008:39 Framtidens polisutbildning, Betänkande av Utredningen om den framtida polisutbildningen.

SOU 2008:106 Ökat förtroende för domstolarna – strategier och förslag, Betänkande av Förtroendeutredningen.

SOU 2010:29 En ny förvaltningslag, Betänkande av Förvaltningslagsutredningen.

Avgöranden/beslut

Solna tingsrätt, Mål nr B 6697-10.

Svea hovrätt, Mål nr B 895-11.

JK, beslut 1998-08-31, Diarienummer 1476-97-20.

JO, beslut 2007-05-23, Diarienummer: 1785-2006.

JO, beslut 2008-05-14, Diarienummer: 3912-2007.

Övriga källor

Brå rapport 2010:1 - Brottsoffers kontakter med rättsväsendet.

Brå rapport 2009:20 - Tonåringars benägenhet att anmäla brott och deras förtroende för rättsväsendet.

Bull, Thomas, Objektivitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.) *Offentlighetsprinciper*, Uppsala, 2005.

Dagens nyheter, ”Grovt rättegångsfel - mål tas om”, publicerad 2011-03-10 11:09.

Landström, Lena, Åklagaren som grindvakt – en rättsvetenskaplig studie av åklagarens befogenheter vid utredning och åtal av brott, Iustus Förlag, 2011.

Lindgren, Magnus, Brottsoffer i rättsprocessen, Om idela brottsoffer och goda myndigheter, Jure Förlag AB, 2004.

Riksåklagaren, En redovisning av tre regeringsuppdrag, 2003.

Rothstein, Bo, Sociala fällor och tillitens problem, SNS förlag, 2004.

Wennergren, Bertil – Offentlig förvaltning i arbete, Norstedts Juridik, Vällingby, 2008.

Software License Agreements and Juridification

A software license agreement is an agreement for the transfer or access of software.⁷⁰ Software license agreements are usually accepted when software⁷¹ is downloaded, installed, run, or accessed.⁷² Modern software is commonly mass distributed,⁷³ and most software license agreements are therefore standard-form agreements.⁷⁴ Software license agreements govern several aspects of the

⁷⁰ Compare with PRINCIPLES OF THE LAW OF SOFTWARE CONTRACTS §1.01(a, d) (2009). The term “software license” is sometimes used as an alternative to “software license agreement”; see SIMON M. H. COLLIN, *DICTIONARY OF COMPUTING* 309 (5th ed., Bloomsbury Publishing: London 2004). However, the term software license agreement is more precise, especially when discussing the provisions of a software license agreement. See Robert W. Gomulkiewicz, *Conditions and Covenants in License Contracts: Tales From a Test of the Artistic License*, 17 *TEX. INTEL. PROP. L.J.* 335, 346 (2009) (“To be most accurate, the entire contract should be called the ‘license contract’ and the rights-granting part of that license contract should be called the ‘license.’”).

⁷¹ See PRINCIPLES OF THE LAW OF SOFTWARE CONTRACTS § 1.01(j) cmt. a. (2009) (“‘Software’ consists of statements or instructions that are executed by a computer to produce a certain result”). The term has traditionally referred to operating systems, application programs (for example Adobe Photoshop, Apple iTunes, or Microsoft Excel) and data that are used by local hardware. In recent time does the term also include “cloud software as a service” and other forms of software that is accessed from remote hardware.

⁷² Similar agreements, often labeled “Terms of use”, are accepted when a user joins or access a social network, even though such services might qualify for the term “software”.

⁷³ See Robert Greene Sterne & Edward J. Kessler, *An Overview of Software Copying Policies in Corporate America*, 1 *J.L. & TECH.* 157, 158—160 (1986).

⁷⁴ Robert W. Gomulkiewicz & Mary L. Williamson, *A Brief Defense on Mass Market Software License Agreements*, 22 *RUTGERS COMPUTER & TECH. L.J.* 335, 342 (1996).

relationship between transferor⁷⁵ and transferee⁷⁶, for example, how rights and risk should be allocated.⁷⁷ This governance is not merely a reflection of law, but software license agreements are often used to replace and modify the law — especially intellectual property law — that otherwise would have applied between transferor and transferee.⁷⁸ The widespread use of software license agreements in the software market has increased the governance role of contracts in this market.

The software industry, as we now know it, originated in the 1980s, and the use of software license agreements became widespread in that period.⁷⁹ Technological developments, for example digital distribution of software, have profoundly changed the software market during these years. These technological developments have globalized the software market, and turned it into a single market. In this market, cross-national validity of software license agreements becomes required. Although not the main theme in this article, this requirement is, as we will see, relevant for this article.

Juridification (*Verrechtlichung*) is a phenomenon that has been given recent attention in various fields of law.⁸⁰ The term juridification is ambiguous,⁸¹ and can be defined in different ways,⁸² but a common core is a process where various aspects of law, the legal system and legal thinking are becoming increasingly important, at the expense of other aspects of society, e.g. politics.

Juridification and an increased reliance on contracts in a globalized market are two separate “modern” legal phenomena that have been given attention by legal scholars. This article aims to combine the two, by examining whether traces of juridification — or effects similar to juridification — can be found in software

⁷⁵ PRINCIPLES OF THE LAW OF SOFTWARE CONTRACTS §1.01(n)(1) (2009) (A “transferor” is “[a] party who, pursuant to an agreement with the transferee, has transferred or has agreed to transfer software.”).

⁷⁶ PRINCIPLES OF THE LAW OF SOFTWARE CONTRACTS §1.01(n)(2) (2009). (A “transferee” is “[a] party who, pursuant to an agreement with the transferor, has received or has agreed to receive rights in or access to software.”).

⁷⁷ See Florencia Marotta-Wurgler, What's in a Standard Form Contract? An Empirical Analysis of Software License Agreements, 4 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 677, 689 (2007); Michael Liberman, Overreaching Provisions in Software License Agreements, 1 RICH. J.L. & TECH. 4, *2 (1995). (Also for example: Acceptance of license, scope of license, transfer of license, warranties and disclaimer of warranties, limitations on liability, maintenance and support, and conflict resolution.).

⁷⁸ Michael Anthony C. Dizon, The Symbiotic Relationship Between Global Contracts and the International IP Regime, 4 J. INTEL. PROP. L. & PRAC. 559, 559–564 (2009).

⁷⁹ See Maureen A. O'Rourke, An Essay on the Challenges on Drafting a Uniform Law of Software Contracting, 10 LEWIS & CLARK L. REV. 925, 927–930 (2006) (Regarding the origin of software license agreements).

⁸⁰ See, e.g., LEILA BRÄNNSTRÖM, FÖRRÄTTSLIGANDE. EN STUDIE AV RÄTTENS RISKER OCH MÖJLIGHETER MED FOKUS PÅ PATIENTENS STÄLLNING (Bokbox Förlag: Malmö 2009) (Social law: patient's rights); JURIDIFICATION OF SOCIAL SPHERES (Günther Teubner ed., De Gruyter: Berlin 1987) (Corporate law, competition law, social law, and labor law).

⁸¹ Lars Chr. Blichner & Anders Molander, Mapping Juridification, 14 EUROPEAN L.J. 36, 36 (2008).

⁸² See, e.g., BRÄNNSTRÖM, *supra* note 11, at 40–43; 2 JÜRGEN HABERMAS, THEORIE DES KOMMUNIKATIVEN HANDELNS 524 (Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1981); Blichner & Molander, *supra* note 12, at 38–39.

license agreements. This article also lifts this question to a higher abstraction level, beyond software license agreements, to “privately made law”. The practice of replacing law with standard-form agreements is not unique for software license agreements. Standard-terms agreements replacing law are sometimes considered a form of “privately made law”, and software license agreements can be considered a form of “privately made law”.⁸³ Privately made law can be understood in different ways, but its main function is to fill a void between State law and international law.⁸⁴ Privately made law is therefore characterized for being transnational.⁸⁵ As implied, privately made law is created predominately by private parties, in contrast to “publicly made law”, i.e. regulation created by state power. Privately made law is therefore also decentralized.⁸⁶ Different forms of privately made law, including software license agreements, replaces (publicly made) law with standard-form agreements. This article will therefore also aim to examine traces of juridification — or effects similar to juridification — within privately made law.

Examples of Software License Agreement Developments

A core function of a software license agreement is to legally uphold a chosen business model, i.e. legally secure revenue streams that software generates.⁸⁷ Since software business models are constantly evolving, the precise provisions of software license agreements will also change over time. This fact could make a description of software license agreement development difficult. However, software license agreements do fulfill core functions that may be more lasting than upholding business models, for example allocating rights and risk,⁸⁸ meaning that mapping software license agreement development is possible. Another potential problem in mapping development is the sheer volume of software license

⁸³ See Madison, *supra* note 14, at 317–319. See also Leong, *supra* note 14, at 388–390.

⁸⁴ See Abul F.M. Maniruzzaman, The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?, 14 AM. U. INT'L L. REV. 657, 658, 660 (1999).

⁸⁵ See, e.g., Berthold Goldman, The Applicable Law: General Principles of Law: the Lex Mercatoria, in CONTEMPORARY PROBLEMS IN INTERNATIONAL ARBITRATION 113, 114–116 (Julian D. M. Lew, ed., Nijhoff: Dordrecht 1987); Maniruzzaman, *supra* note 14, at 660–670; Fabrizio Marrella & Christopher S. Yoo, Is Open Source Software the New Lex Mercatoria?, 47 VA. J. INT'L L. 807, 820–823 (2007).

⁸⁶ John Flood, Globalisation and Law, in AN INTRODUCTION TO LAW AND SOCIAL THEORY 311, 313 (Reza Banakar & Max Travers ed., 2002).

⁸⁷ See Liberman, *supra* note 8, at *2.

⁸⁸ See Marotta-Wurgler, *supra* note 8, at 689; Liberman, *supra* note 8, at *2.

agreements,⁸⁹ and different software license agreements have different aims and provisions. However, certain software license agreements have existed for an extended period of time, and new versions of the same software license agreement has been brought forward, while business models have remained. Such software license agreements are best suited for this kind of mapping. Since a number of different developments in software license agreements can be expected, this article does not claim to be exhaustive, but only to describe some examples of developments in software license agreements.

As was said above, software license agreements are increasingly replacing law, especially intellectual property, with provisions that facilitate the specific needs of a software license agreement drafter.⁹⁰ This development began in a time when intellectual property protection for software was uncertain,⁹¹ but the use of software license agreements have remained even though some of that initial legal uncertainty has been resolved.⁹² Intellectual property law, for example copyright law, forms the basis of software transfers and software license agreements, but beyond the basic rights in intellectual property law, software license agreements are arguably more important for software transfers. As the software market has grown, the influence of software license agreements over the software market has also grown.

Software license agreements not only replaces law, they also extend beyond existing law by regulating new situations and practices. As mentioned, a core function of a software license agreement is to legally secure the revenue streams that the software generates.⁹³ A transferor licenses software to get an adequate return on its investment.⁹⁴ Mass-distribution of software allows transferors to get an adequate return on its investment, while allowing transferees to legally obtain software at a relatively low price.⁹⁵ When the price of software is low, software license agreements commonly include more restrictions, i.e. gives the transferor more rights. A software license agreement can therefore be used to “balance” the software transaction from the perspective of a transferor. If a transferor extends its rights, it’s possible to reduce the price of software, or vice versa – as a way to develop business models. However, extending rights and reducing price is not the only way to develop business models. Completely new business models and new provisions to regulate these new revenue streams also evolve. New provisions in software license agreements do not necessarily have any equivalents in law, and

⁸⁹ See Marotta-Wurgler, *supra* note 8, at 682. (FLORENCIA MAROTTA-WURGLER examined 647 end-user software license agreements from commercial companies for standard software. This number of software license agreements is only a portion of all software license agreements).

⁹⁰ Dizon, *supra* note 9, at 559–564.

⁹¹ See O’Rourke, *supra* note 10, at 927–930.

⁹² See *Step-Saver Data Sys., Inc. v. Wyse Technology*, 939 F.2d 91, 96, fn. 7 (3d Cir. 1991).

⁹³ See Liberman, *supra* note 8, at *2.

⁹⁴ ALISON JONES & BRENDA SUFRIN, *EU COMPETITION LAW — TEXT, CASES, AND MATERIALS* 777 (4th ed., Oxford University Press: Oxford 2010).

⁹⁵ Gomulkiewicz & Williamson, *supra* note 5, at 342 (1996).

from this perspective, software license agreement extends to new territories. Extension of software license agreements to situations that have no equivalent in law may create initial legal uncertainty, until these new provisions have been tried in court. Extending software license agreements may potentially also lead to consequences in law. For example, developments in software, and software license agreements (and similar standard-form agreements), regarding the use of transferees' personal data have led to discussion and proposed changes in law to better protect transferees.⁹⁶ Extension of software license agreements may therefore also be proactive in the extension of law.

Early software license agreements were sometimes written by programmers and not by jurists. A well-known software license agreement is the GNU General Public License. The first version was written by programmer and “free software”-activist⁹⁷ RICHARD M. STALLMAN, while subsequent versions of this software license agreement has been written by jurists. The trend that jurists have gained influence over nonprofessionals in software license agreement drafting applies to other software license agreements as well.

Software license agreements have arguably also become increasingly detailed and complex. The first version of the GNU General Public License included ten terms and conditions.⁹⁸ The latest version includes 17 terms and conditions.⁹⁹ Similar tendencies can be seen in other software license agreements as well.¹⁰⁰ The number of terms and conditions thus seems to increase over time. Although this way of measuring is very blunt, it does give a hint of a direction in software license agreement development.

Finally, software license agreement drafters have begun to include terminology that originates in State laws into software license agreements. This tendency has been recognized, since it may cause problems when software license agreements are applied cross-nationally. Certain software license agreements — for example

⁹⁶ Joshua Sibble, Recent Developments in Internet Law, 23 (No. 4) INTELL. PROP. & TECH. L.J. 12, 14 (2011).

⁹⁷ “Free software” is characterized by giving transferees four “freedoms”: “(0) The freedom to run the program, for any purpose; (1) The freedom to study how the program works, and change it so it does your computing as you wish; (2) The freedom to redistribute copies so you can help your neighbor; (3) The freedom to distribute copies of your modified versions to others.” See Richard M. Stallman, *Free Software Definition*, in FREE SOFTWARE, FREE SOCIETY: SELECTED ESSAYS OF RICHARD M. STALLMAN 41 (Joshua Gay ed., Free Software Foundation: Cambridge 2002).

⁹⁸ See GNU General Public License, version 1.

⁹⁹ See GNU General Public License, version 3.

¹⁰⁰ The number of terms and conditions in the Apache License increased from five to nine between version 1 and 2, the number of terms and conditions in the Artistic License increased from nine to fourteen between version 1 and 2, the number of terms and conditions in the end-user software license agreement for Microsoft Windows increased from 23 (with additional warranty and liability disclaimers) to 29–37 (depending on version) (with additional warranty and liability disclaimers) between Microsoft Windows XP SP2 and Microsoft Vista.

the GNU General Public License — include terminology that is strictly American (the term “derivative works”), which has caused interpretation problems when this software license agreement is applied in other jurisdictions.¹⁰¹

So, to summarize: (1) Software license agreements are increasingly important for the regulation of the software market. Software license agreements are increasingly replacing law, for example intellectual property law; (2) software license extends to new areas, by regulating new situations, some of which have no equivalent in law; (3) software license agreements are increasingly written by jurists, in contrast to laymen; (4) software License agreements are becoming increasingly detailed and complex; and (5) software license agreements are including legal terminology.

Software License Agreements and Juridification

In this section, I will examine whether the above developments in software license agreements contains traces of juridification, or leads to effects similar to juridification.

When software license agreements replace law, influence shifts from legislators to software license agreement drafters. This may raise questions of whether this process is democratic or not.¹⁰² Similar arguments are used against law when influence shifts from politicians (legislators) to courts. The latter is considered an example of juridification.¹⁰³ It's clear that shifting influence from legislators to software license agreement drafters is not a traditional example of juridification, but the effect of the process can be likened to the effect of juridification. When influence shifts from politicians to courts, the legal professions gains influence at the expense of politicians, but does not deprive politicians of all their influence. When software license agreements replace law, all influence shifts to the legal profession (courts and software license agreement drafters). This later process therefore has a larger impact from a political perspective. Software license agreements replacing law is not only a question of influence shift, it also shifts the nature and content of norms. Norms created by the State becomes less important, and norms created by non-state actors become more important. That is, reliance on contracts for governance grows, at the expense of reliance on law. Non-state norms do not merely replicate state norms, but modifies their content, meaning that non-state norms will be different from state norms. This means that this process not only changes influence over regulation, it also changes the content of regulation.

Software license agreements extend to new situations by adding provisions, which may have no equivalent in law. When law extends to areas not previously

¹⁰¹ See Mikko Välimäki, GNU General Public License and the Distribution of Derivate Works, 2005(1) J. INFO. L & TECH. (2005).

¹⁰² See Madison, *supra* note 14, at 317–332.

¹⁰³ See BRÄNNSTRÖM, *supra* note 11, at 40–44.

regulated by law, it's considered a form of juridification (*Ausdehnung*).¹⁰⁴ It can be argued that only the expansion of formal law can be a form of juridification, and that other forms of regulation, for example software license agreements, only can expand when formal law does not expand. Expansion of software license agreements would then not be an example of juridification. However, it can also be argued that the effect of legal expansion is that legal thinking expands to new situations (and fewer situations remain free from legal thinking), regardless if this is achieved by law, courts, or by standard-form agreements, such as software license agreements. From this perspective, the effects of software license agreement expansion could be likened to the effects of juridification. Additionally, if the expansion of software license agreements would also lead to the expansion of formal law, as exemplified by a discussion of new regulation regarding data protection,¹⁰⁵ the extension of software license agreements could therefore also be considered proactive in legal extension and legal juridification.

Jurists play an increasingly important role in software license agreement drafting. When the legal profession acquires more influence, it's considered a form of juridification. When the legal profession acquires more influence in law, at the expense of politicians, a consequence might be less transparency for the public.¹⁰⁶ This effect is more unlikely when the legal profession acquires more influence over software license agreements, since the legal profession acquires influence at the expense of nonprofessionals. Transparency for the public will not vary whether a jurist or a nonprofessional drafts a software license agreement. However, software license agreements drafted by jurists could possibly be more difficult to understand for the public than software license agreements drafted by nonprofessionals. From the jurisprudential community's perspective, software license agreements might become easier to determine and apply when drafted by jurists compared to nonprofessionals.¹⁰⁷ Therefore, while the legal profession has acquired more influence over software license agreements, the effects are not necessarily comparable to juridification.

Software license agreements are arguably becoming more detailed and complex. This development might be an example of juridification, or not, depending on perspective. When law is becoming more detailed, it's considered a form of juridification (*Verdichtung*).¹⁰⁸ From this perspective, increased detail regulation could be an example of juridification, regardless if it's achieved in law or in software license agreements. However, increased detail regulation can “fill in the blanks” of previous regulation, and limit the legal community's discretionary

¹⁰⁴ HABERMAS, *supra* note 13, at 524.

¹⁰⁵ See Sible, *supra* note 27, at 14.

¹⁰⁶ See Blichner & Molander, *supra* note 12, at 45–47.

¹⁰⁷ Compare with Blichner & Molander, *supra* note 12, at 45–47.

¹⁰⁸ HABERMAS, *supra* note 13, at 524.

power, if less questions are left to the judiciary. Increased detail regulation could then be an example of dejuridification, i.e. the opposite of juridification. On the other hand, if law becomes increasingly difficult to determine for the jurisprudential community, or citizens loses transparency, this may be an example of juridification.¹⁰⁹ More detailed and complex software license agreements could possibly make software license agreements easier to apply and determine for the jurisprudential community. However, from a cross-national perspective — i.e. when a software license agreement is applied against the laws of different jurisdictions — detailed software license agreement provisions might cause more conflicts with applicable law than less detailed software license agreement provisions. From that perspective, more detailed software license agreements could become more difficult to apply and determine for the legal community. Additionally, unlike law, the judiciary must decide the validity of software license agreements, since a software license agreement, or any agreement, is not valid in itself.¹¹⁰ Thus, the judiciary will have more discretionary power over a detailed software license agreement than over a detailed law, which might imply that there is always an ounce of juridification in more detailed software license agreements. Therefore, to summarize, whether this development is an example of juridification, depends on perspective. More detailed and complex software license agreements can be an example of juridification, but the effects of more detailed and complex software license agreements are not necessarily equivalent to the effects of juridification, even if increased detail may lead to increased uncertainty in some situations. Still, the judiciary has more discretionary power over a detailed software license agreement than over a detailed law. This may imply some level of juridification, even though it's not certain that the effects of a detailed software license agreements is equivalent to the effects of juridification.

Some software license agreements include terminology originating in law. As we know, a legal term is part of a specific legal culture. When legal culture is transferred to the civil society — for example in standard-form agreements — it's considered a form of juridification.¹¹¹ However, the effect of including legal terminology in software license agreements could either be equivalent to the effect of juridification or dejuridification, depending on perspective. It may be an example of dejuridification for the jurisprudential community in the jurisdiction where a software license agreement has been drafted, since familiar legal terminology could make software license agreements easier to apply and determine. It may also be an example of juridification for the jurisprudential

¹⁰⁹ See Blichner & Molander, *supra* note 12, at 45–47.

¹¹⁰ See Roy Goode, *Is the Lex Mercatoria Autonomous?*, in *COMMERCIAL LAW CHALLENGES IN THE 21ST CENTURY: JAN HELLNER IN MEMORIAM* 73, 74 (Ross Cranston, Jan Ramberg, Jacob Ziegler eds., Iustus: Uppsala 2007); Günther Teubner, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*, in *GLOBAL LAW WITHOUT A STATE* 3, 15–19 (Günther Teubner ed., Dartmouth: Brookfield 1997). (TEUBNER states that most legal scholars reject the idea of a self-validating contract (*contrat sans loi*)).

¹¹¹ See Harry W. Arthurs & Robert Kreklewich, *Law, Legal Institutions, and the Legal Profession in the New Economy*, 34 *OSGOODE HALL L.J.* 1, 29–33 (1996).

community in other jurisdictions, since foreign terminology could cause interpretation and application problems.¹¹² As the software market has become globalized, the effects of this practice might in many situations be similar to the effects of juridification, since the jurisprudential community, and the judiciary, may encounter problems when interpreting and applying software license agreements.

Therefore, to summarize, developments in software license agreements may not necessarily be true examples of juridification. This is not surprising since the phenomenon is based on formal law. Rather, it would be surprising if developments in standard-form agreements, such as software license agreements, could be labeled as textbook cases of juridification. Still, the developments have led to effects, e.g., influence and norms has shifted. The effects caused by these developments are also in some aspects and situations similar to the effects caused by juridification of formal law. The similarities in development between software license agreements and law raise interesting points about similarities between regulation created by state actors and non-state actors; similarities between privately made law and publicly made law.

Software License Agreements, Privately Made Law, and Juridification

Replacing law with standard-terms agreements is not unique for software license agreements. Standard-terms agreements replacing law are sometimes considered a form of “privately made law”, and software license agreements can be considered a form of “privately made law”.¹¹³ Privately made law comes in many different forms and definitions, but it has a common core. Privately made law tries to fill a void between state law and international law.¹¹⁴ As implied, privately made law is created predominately by private parties, in contrast to “publicly made law”, which is created by state power. Privately made law is therefore also decentralized.¹¹⁵ Privately made law is also characterized for being transnational.¹¹⁶ These characteristics also apply to cross-nationally applied software license agreements.

Privately made law can be perceived in different ways; either as common commercial principles, or the “law” found in an individual contract.¹¹⁷ Software

¹¹² Compare with Blichner & Molander, *supra* note 12, at 45–47. See also Välimäki, *supra* note 32.

¹¹³ See Madison, *supra* note 14, at 317–319. See also Leong, *supra* note 14, at 388–390.

¹¹⁴ See Maniruzzaman, *supra* note 15, at 658, 660.

¹¹⁵ Flood, *supra* note 17, at 313.

¹¹⁶ See, e.g., Goldman, *supra* note 16, at 114–116; Maniruzzaman, *supra* note 15, at 660–670 (1999); Marrella & Yoo, *supra* note 16, at 820–823.

¹¹⁷ Maniruzzaman, *supra* note 15, at 691, fn. 151.

license agreements, as privately made law, belong to the second category. Some forms of privately made law is predominately used between commercial parties and applied by arbitration bodies,¹¹⁸ while other forms are also used against consumers, and are applied by national courts as well.¹¹⁹ Yet again does software license agreements belong to the second category. This category of privately made law is sometimes known as global law.¹²⁰ Some forms of privately made law are fairly autonomous from the public legal order,¹²¹ although though not completely autonomous,¹²² while other forms of privately made law have less autonomy. One explanation to differences in autonomy is differences between different categories of privately made law, i.e. some forms of privately made law are applied against consumers, where mandatory provisions in publicly made law may limit the enforceability of privately made law. Software license agreements belong in the category with less autonomy,¹²³ meaning that software license agreements are not always enforceable. This means two things: (1) Lessons from software license agreements are not applicable to all forms of privately made law; and (2) the autonomy of privately made law affects the consequences of juridification. The practical consequences of juridification, or effects similar to juridification, are less significant if privately made law is unenforceable. However, unenforceability is an exception, not a rule. The practical consequences of juridified privately made law with limited autonomy are therefore not necessarily insignificant.

The idea of privately made law can be controversial. For example, it can be debated whether privately made law may, and should, be called “law”.¹²⁴ Since standard-form agreements represent a vital part of privately made law, the focus has been whether standard-form agreements can be called “law”. American scholars have long argued that standard-form agreements have “become a considerable portion of all the law to which we are subject.”¹²⁵ It has been argued that standard-form agreements should be called law, since standard-form contracts

¹¹⁸ Daniela Caruso, *Private Law and State-Making in the Age of Globalization*, 39 N.Y.U. J. INT’L L. & POL. 1, 51 (2006).

¹¹⁹ Flood, *supra* note 17, at 313.

¹²⁰ Flood, *supra* note 17, at 313. The first category is known as the (New) *Lex Mercatoria*, see Maniruzzaman, *supra* note 15, at 660–692.

¹²¹ See, e.g., Maniruzzaman, *supra* note 15, at 670; Marrella & Yoo, *supra* note 16, at 823–824; Goode, *supra* note 41, at 80–83.

¹²² See, e.g., Margaret Jane Radin & R. Polk Wagner, *The Myth of Private Ordering: Rediscovering Legal Realism in Cyberspace*, 73 CHI.-KENT L. REV. 1295, 1296 (1998); Goode, *supra* note 41, at 74; Teubner, *supra* note 41, at 15–19.

¹²³ Marrella & Yoo, *supra* note 16, at 820–837.

¹²⁴ International law is sometimes also questioned to be “law”, on the basis that it “lacks a centralized or effective legislature, executive, or judiciary; that it favors powerful over weak states; that it often simply mirrors extant international behavior; and that it is sometimes violated with impunity.” See JACK L. GOLDSMITH & ERIC A. POSNER, *THE LIMITS OF INTERNATIONAL LAW* 3 (Oxford University Press: Oxford 2005). Similar arguments can be applied against privately made law, and should arguably be assessed in the same way as international law in this regard.

¹²⁵ W. David Slawson, *Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power*, 84 HARV. L. REV. 529, 530 (1971).

affects many millions of persons and merchants. Such agreements will not necessarily affect everyone, but neither does state law, and we're not hesitant to call state law for "law".¹²⁶ Scholars in other legal systems — for example Germany — have been more hesitant to call privately made law for "law", and reserves the word "law" to regulation created by public bodies that has been delegated power by the State.¹²⁷ The latter view is consistent with the traditional view that the State has a monopoly on producing law. However, regardless of terminology, this traditional view is becoming increasingly unsustainable in our time, not only in the example of software license agreements. A close example is Internet governance, where contracts also play an important governance role.¹²⁸ Agencies for the State and non-state actors arguably also create law.¹²⁹ ARTHURS & KREKLEWICH gives a number of examples of when the State's law production monopoly is challenged: (1) Agencies of the State compete with the State. Examples of this are the European Union and courts in Common Law countries, that may use law as a shield, and sometimes as a sword, against market intervention from the State;¹³⁰ (2) The creation of transnational legal norms, which States may or may not chose to enforce. Transnational legal norms can be created through bilateral agreements, international conventions, entities such as the European Union, and even transnational enterprises. States are enforcing the legal norms of bilateral agreements, international conventions and the legal norms of the European Union. Additionally, States sometimes also allow transnational enterprises to create and impose their own legal norms on both customers and the State;¹³¹ and (3) The creation of competing law by State and non-State producers. Agencies of the State, for example different authorities, and non-State actors, for example enterprises, may create law that compete and conflict with the State's laws. In certain situations will the State's norms trump the competition, and in other situations, the result will be reversed.¹³² Additionally, privately made law is becoming increasingly important in certain areas of society,¹³³ and is sometimes

¹²⁶ David V. Snyder, *Private Lawmaking*, 64 OHIO ST. L.J. 371, 403–420, 448–449 (2003).

¹²⁷ Ralf Michaels & Nils Jansen, *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, 54 AM. J. COMP. L. 843, 850 n. 29 (2006).

¹²⁸ Lee A. Bygrave & Terje Michaelsen, *Governors of Internet*, in *INTERNET GOVERNANCE: INFRASTRUCTURE AND INSTITUTIONS* 92, 92–93 (Lee A. Bygrave & Jon Bing eds., Oxford University Press: Oxford 2009) (“[T]he mortar and brick for many of the central elements of the governance structure are provided outside a treaty framework, and often without a direct basis in legislation. Contracts and quasi-contractual instruments—typically the tools of private law—play a relatively dominant role.”).

¹²⁹ Arthurs & Kreklewich, *supra* note 42, at 16–17.

¹³⁰ Arthurs & Kreklewich, *supra* note 42, at 18–20.

¹³¹ Arthurs & Kreklewich, *supra* note 42, at 21–23.

¹³² Arthurs & Kreklewich, *supra* note 42, at 23–25.

¹³³ See, e.g., Annelise Riles, *The Anti-Network: Private Global Governance, Legal Knowledge, and the Legitimacy of the State*, 56 AM. J. COMP. L. 605, 608–630 (2008); Slawson, *supra* note 56, at 530.

not only an equally important source of law as legislation, but even the primary source of “law”.¹³⁴ From this perspective, privately made law is an interesting study object.

So, to summarize, the State’s monopoly on producing law is challenged in several ways. Replacing (publicly made) law with standard-form agreements is one way that this monopoly is challenged, and this not unique to software license agreements. However, privately made law is a very diverse concept, and the findings regarding software license agreements are not transferable to all forms of privately made law, but only to other forms of privately made law that, similar to software license agreements, have limited autonomy.

Privately Made Law and Juridification

As was said above, a number of different developments can be traced among software license agreements. Examples of developments include: (1) Increasing regulative importance. Also, increasingly replacing (publicly made) law; (2) extension to new areas, by regulating new situations, some of which have no equivalent in law; (3) jurists are gaining influence in the drafting process, at the expense of nonprofessionals; (4) increased detail and complexity; and (5) inclusion of legal terminology from (publicly made) law. This development has shifted influence and norms, and lead to several effects that can be comparable to the effects of juridification, for example regulating previously unregulated situations and actions. Since software license agreements can be considered a form of privately made law,¹³⁵ some or several developments, and consequences of these developments, can probably be transferred to other forms of privately made law as well. For example, the shift of influence and the shift of norms apply to all forms of privately made law. Several other effects will probably also apply to forms of privately made law that are similar to software license agreements, for example regulation of previously unregulated situations and actions, and increased detail regulation through standard-form agreements.

Other scholars have studied similar aspects of privately made law, for example juridification of civil society. Civil society creates governance beyond standard-form agreements, but such governance can still be considered privately made law. ARTHURS & KREKLEWICH found several examples of juridification of civil society through legalist procedures and legal culture. They found that this development had bot hampered and facilitated entrepreneurial freedom within the civil

Other examples of governance can also be found in the digital world, such as codes of conduct, encryption, and other forms of governance by code, see Gillian K. Hadfield, *Delivering Legality on the Internet: Developing Principles for the Private Provision of Commercial Law*, 6 AM. L. & ECON. REV. 154, 156 (2004); LAWRENCE LESSIG, CODE: VERSION 2.0 (2nd ed., Basic Books: New York 2006).

¹³⁴ Teubner, *supra* note 41, at 18.

¹³⁵ See Madison, *supra* note 14, at 317–319. See also Kelly Leong, *supra* note 14, at 388–390.

society.¹³⁶ ARTHURS & KREKLEWICH have presented different explanations to juridification of civil society: (1) Jurists may subconsciously apply their legal culture rooted in state law to privately made law. (2) What we perceive as a feature of publicly made law — bureaucratic rationality — may also exist outside of publicly made law. (3) The application of legal culture may also be conscious, in order for jurists to make themselves more valuable.¹³⁷

These effects and explanations may be applicable to other forms of privately made law as well, including software license agreements. For example, the inclusion of legal terminology into software license agreements, and increased detail regulation of software license agreements, may be explained by ARTHURS' & KREKLEWICH'S theories. Jurists may subconsciously or consciously have applied their legal culture to software license agreements and made software license agreements more detailed. This may have been a conscious choice, as a way for jurists to become more valuable for the software industry. It may also have been a subconscious and “natural” process, in the sense that there may be an inherent value in bureaucratic rationality as manifested by publicly made law. From this perspective, it would be “natural” that software license agreements would develop in a similar direction as publicly made law,¹³⁸ even though software license agreements and publicly made law are different, and a similar direction might create problems for software license agreements and privately made law in a globalized world.¹³⁹ Therefore, regardless whether this development is conscious or subconscious, jurists may drive legal development in a certain direction, and both privately made law and publicly made law does potentially develop in the same direction. Even if privately made law and publicly made law have fundamentally different origins, they may share a similar future.

Conclusions

A software license agreement is an agreement for the transfer or access of software.¹⁴⁰ Software license agreements regulate the relationship between software transferor and transferee, for example, how rights and risk should be allocated.¹⁴¹ Software license agreements are often used to replace and modify the

¹³⁶ Arthurs & Kreklewich, *supra* note 42, at 29–32.

¹³⁷ See Arthurs & Kreklewich, *supra* note 42, at 32–33.

¹³⁸ Compare with Arthurs & Kreklewich, *supra* note 42, at 29–33.

¹³⁹ See Välimäki, *supra* note 32.

¹⁴⁰ Compare with PRINCIPLES OF THE LAW OF SOFTWARE CONTRACTS §1.01(a, d) (2009).

¹⁴¹ See Marotta-Wurgler, *supra* note 8, at 689 (2007); Liberman, *supra* note 8, at *2. (Also, for example: acceptance of license, scope of license, transfer of license, warranties and disclaimer of warranties, limitations on liability, maintenance and support, and conflict resolution.)

law — especially intellectual property law — that otherwise would have applied between transferor and transferee.¹⁴²

Software license agreements have developed along with the software industry. Examples of developments include: (1) Software license agreements are increasingly important for the regulation of the software market. Software license agreements are increasingly replacing law, for example intellectual property law; (2) software license extends to new areas, by regulating new situations, some of which have no equivalent in law; (3) software license agreements are increasingly written by jurists, in contrast to laymen; (4) software License agreements are becoming increasingly detailed and complex; and (5) software license agreements are including legal terminology.

The effect of these developments is to some extent similar to the effects of juridification. The increased regulatory importance of software license agreements shifts influence from legislators to software license agreement drafters. Whether this process is democratic can be questioned.¹⁴³ Similar arguments are used when influence shifts from politicians to courts regarding law.¹⁴⁴ This increased importance also shifts norms away from the State, with different contents than state norms. Other developments, for example extending regulation to unregulated areas, may lead to similar effects as when publicly made law extends, legal thinking impregnates a larger portion of society. The effects of software license agreement developments may therefore be similar to the effects of juridification. Stronger tendencies of juridification may be discernible when publicly made law is involved, but this article still shows that effects similar to juridification exist beyond publicly made law.

Replacing law with private regulation is not unique to software license agreements. Software license agreements can be described as a form of privately made law,¹⁴⁵ meaning that the above developments and effects may be transferable to other forms of privately made law. For example, the shift of influence and the shift of norms will apply to all forms of privately made law, and several other effects will probably also apply, at least to forms of privately made law that are similar to software license agreements. Such examples include regulation of previously unregulated situations and actions, and increased detail regulation.

Other studies have also found tendencies of juridification within privately made law and civil society.¹⁴⁶ Different explanations to this development have been presented: (1) Jurists may subconsciously apply their legal culture rooted in state law to privately made law; (2) what we perceive as a feature of publicly made law — bureaucratic rationality — may also exist outside of publicly made law; and (3) the application of legal culture may also be conscious, in order for jurists to make

¹⁴² Dizon, *supra* note 9, at 559–564.

¹⁴³ See Madison, *supra* note 14, at 317–332.

¹⁴⁴ See BRÄNNSTRÖM, *supra* note 11, at 40–44.

¹⁴⁵ See Madison, *supra* note 14, at 317–319. See also Leong, *supra* note 14, at 388–390.

¹⁴⁶ Arthurs & Kreklewich, *supra* note 42, at 29–32.

themselves more valuable.¹⁴⁷ These explanations may also explain some of the above developments in software license agreements, for example inclusion of legal terminology, and increased detail regulation. This transfer may be conscious or subconscious. Increased detail and complexity can be a conscious way for jurists to become more valuable to the software industry. Developments may also be subconscious. The bureaucratic rationality manifested in publicly made law may have an inherent value, which might “naturally” be transferred to privately made law.¹⁴⁸ Regardless of whether this development is conscious or subconscious, it’s possible that privately made law and publicly made law will develop in similar directions, since jurists seems to drive legal development in a certain direction. This is not unproblematic for privately made law and software license agreements that are applied cross-nationally, since jurists’ legal culture does not always traverse national boundaries well. Still, this may explain why effects of juridification can be found within software license agreements and privately made law, even though software license agreements and privately made are by their nature quite different from (publicly made) law. Even if software license agreements, privately made law, and publicly made law have fundamentally different origins, they may still share a similar development curve and future — and the reason for this development may be juridification.

¹⁴⁷ Arthurs & Krekewich, *supra* note 42, at 32–33.

¹⁴⁸ Compare with Arthurs & Krekewich, *supra* note 42, at 29–33.

Idrottens förrättsligande. Varför är doping speciellt?

Idrottens ”civilisering”

Idrottsjuridik som rättsområde är en förhållandevis ny företeelse men rättens inverkan på idrottslig verksamhet är del av idrottens civiliseringsprocess som pågått under århundraden och som resulterat i att idrotten blivit mindre våldsamt, mer ”rationell” och mer socialt acceptabel.¹⁴⁹ Dessa förändringar är också uttryck för en förrättsligandeprocess som pågått inom idrotten under längre tid. I denna artikel studeras idrottens förrättsligande allmänt och i synnerhet vad gäller doping.¹⁵⁰

Som utvecklas nedan uppfattas förrättsligandeprocessen generellt som ett hot mot idrotten men när det gäller doping välkomnar idrottsrörelsen i stort statlig och rättslig inblandning. Artikeln förklarar skillnaden i mottagande genom att utreda vilka argument som förekommer mot idrottens förrättsligande och hur dessa är tillämpliga på doping. Mot bakgrund av detta konstateras att diskussionen om idrottens förrättsligande vilar på ett mer komplext förhållande mellan de rättsliga och idrottsliga normsystemen.

¹⁴⁹ Anderson (2010), s. 13–20; McArdle (2000), s. 2–7. Se också Carlsson (2004).

¹⁵⁰ I denna text används den mer populära stavningen ”doping” framför det i rättsliga sammanhang använda ”dopning”, se t.ex. lag (1991:1969) om förbud mot vissa dopningsmedel.

Vad är förrättsligande?

Begreppet ”förrättsligande”¹⁵¹ används på olika sätt i olika sammanhang och kan betyda olika saker. Begreppet har sitt ursprung i sociologin och används av Habermas för att beteckna en tendens i det moderna samhället där den skrivna rätten (lagar) utvidgas i två bemärkelser, dels genom att lagar antas på områden som tidigare inte varit föremål för formell reglering (rättens expansion), dels genom att lagarna blir mer detaljerade (rättens ökade densitet).¹⁵²

Habermas använder således begreppet i en tämligen snäv och formell betydelse som fokuserar på lagstiftning. Andra, efterföljande kommentatorer har gett begreppet en vidare betydelse. Förrättsligande kan delas in i olika komponenter: (a) rättens expansion genom utvidgad lagstiftning (”legalisering”) eller utvidgad tillämpning av lagen genom domstolarna (”judikalisering”),¹⁵³ (b) rättens ökade detaljrikedom (”differentiering”),¹⁵⁴ (c) att konflikter i större utsträckning löses med stöd av lag och (d) att dömande instanser får större inflytande.¹⁵⁵ I denna framställning används begreppet i bred bemärkelse till att innefatta samtliga dessa företeelser.

Det finns också skillnader mellan vem som orsakar dessa former av förrättsligande och hur. Förrättsligandet kan vara eller uppfattas som av staten påtvingat, till exempel vid utvidgad lagstiftning (externt förrättsligande). De förändringar som kännetecknar förrättsligande kan dock även uppstå utan omedelbart samband med en sådan konkret, politisk eller rättslig åtgärd, till exempel förändringar i attityder eller sätt att tänka (internt förrättsligande).¹⁵⁶

I begreppet ”förrättsligande” ligger inte sällan en värdering. Begreppet kan beteckna en process varigenom rättslig kontroll, huvudsakligen lagstiftning antagen av en demokratiskt vald lagstiftare, ersätter godtycke och nepotism. Förrättsligande står då för förutsebarhet och processuell rättvisa och är nära förknippad med rule of law och starkare skydd för grundläggande rättigheter.¹⁵⁷ Begreppet kan dock även vara negativt laddat. Detta förekommer till exempel när förrättsligandeprocessen analyseras från ett maktperspektiv och där förrättsligande kan representera social kontroll genom lag.¹⁵⁸ Enligt detta synsätt kännetecknas förrättsligande av ökad kontroll och motsvarande minskad frihet för individen och är därför någonting negativt ur ett liberalt perspektiv.¹⁵⁹ Ett annat synsätt

¹⁵¹ ”Juridification”, ”Verrechtlichung”.

¹⁵² Habermas (1981), s. 524.

¹⁵³ Jfr. Blichner & Molander (2008), not 1; se även Carlsson (2004), s. 6.

¹⁵⁴ Dessa första två komponenter ligger nära Habermas definition av förrättsligande redovisat ovan.

¹⁵⁵ Detta bygger på den taxonomi som presenteras i Blichner & Molander (2008).

¹⁵⁶ Jfr. Foster (2006), s. 157–159. Se även vidare nedan.

¹⁵⁷ Blichner & Molander (2008), s. 36–38.

¹⁵⁸ Se t.ex. Brüggemeier (2011).

¹⁵⁹ Detta förutsätter dock att de statliga aktörerna betraktas som ett kollektiv. Vad gäller idrotten beskrivs ofta det politiska systemet och det rättsliga systemet som två aspekter av det politiskt-rättsligt system som står mot och inkräktar på det idrottsliga systemet. Se t.ex. Carlsson & Lindfelt (2010), s. 725–727.

förekommer hos de som använder begreppet för att beteckna en process varigenom makt förskjuts från politik och politiker till juridik och jurister: förrättsligandet av politiken eller förrättsligande som motsats till ”politisering”. Denna form av förrättsligandet består av ”judikalisering” och inte av ”legalisering”.¹⁶⁰

Idrottens ovälkomna förrättsligande

Med idrottens förrättsligande avses förrättsligandet av en specifik samhällelig företeelse: idrott.¹⁶¹ Det finns tydliga och konkreta exempel på hur idrotten förrättsligats.¹⁶² Inom idrott består förrättsligandeprocessen till exempel av att idrottsliga relationer förvandlas till rättsliga relationer, att idrottsliga normer förvandlas till rättsliga normer och att idrottsliga konflikter löses på rättslig väg.¹⁶³ Foster beskriver träffande förrättsligandet som en process varigenom rätten utan att nödvändigtvis ”invadera” idrotten formar den till sin avbild.¹⁶⁴ Enligt honom är idrottens förrättsligande det bästa exemplet på förrättsligande allmänt eftersom idrott i större utsträckning än andra samhälleliga sektorer uppfattas som ett autonomt fält, en separat sfär inom samhället.¹⁶⁵

Varför idrotten förrättsligats och om det är möjligt att undvika är intressanta frågor som inte fullödigt kan behandlas i detta sammanhang. I litteraturen uttrycks dock ofta uppfattningen att idrottens förrättsligande har ett nära samband med idrottens kommersialisering.¹⁶⁶ Inte sällan skylls denna utveckling på giriga jurister och agenter som lurar idrottsutövare att slita idrottsliga tvister på rättslig väg i syfte att själva tjäna pengar.¹⁶⁷

De ovan identifierade formerna av förrättsligande förekommer i en idrottslig kontext. Högsta domstolens dom i NJA 2001 s 511 är illustrativt. Målet gällde ett anspråk om utbetalning av prispengar till ägaren av en häst som vunnit ett lopp men därefter befunnits dopad. Hästägaren valde att lösa den efterföljande konflikten med arrangörerna genom att väcka talan vid allmän domstol. Domstolarna ansåg sig kunna överpröva det idrottsliga beslutet i materiellt och

¹⁶⁰ Se t.ex. Silverstein (2009), s. 3–5; Brännström (2009), s. 40–43, 311–316. Detta kan också benämnas ”konstitutivt förrättsligande”. Blichner & Molander (2008), s. 38.

¹⁶¹ Att exakt definiera vad som utgör ”idrott” är dock inte helt enkelt. Se t.ex. Anderson (2011), s. 4–7; Gardiner m.fl. (2007), s. 14–22; Healey (2009), s. 3–5.

¹⁶² Se Timonen (2006), s. 238.

¹⁶³ Se Carlsson (2004), s. 6–8; Gardiner m.fl. (2007), s. 84. Jfr. Foster (2006), s. 159–161 (räknar till idrottens förrättsligande även ökad kodifiering av idrottsliga regler).

¹⁶⁴ Foster (2006), s. 156.

¹⁶⁵ Foster (2006), s. 155.

¹⁶⁶ Se t.ex. Carlsson (2004), s. 7; Carlsson & Lindfelt (2010), s. 719; Enehag (2008), s. 2–3, 9; Little & Morris (1998), s. 129–130; Parrish (2003), s. 20; Timonen (2006); Weatherill (2002).

¹⁶⁷ Se t.ex. Arnaut (2006), s. 82; Carlsson (2004), s. 7; Gardiner m.fl. (2006), s. 85; Verroken (2001), s. 36. Men jfr. Beloff m.fl. (1999), s. 6.

formellt hänseende.¹⁶⁸ Detta får till konsekvens att förhållandena i den enskilda situationen kommer att granskas utifrån rättsliga normer som inte nödvändigtvis överensstämmer med de idrottsliga. Sådana prövningar kan dock även få mer subtila konsekvenser för hur idrottsliga aktörer agerar och förhåller sig till varandra.

Som diskuterats ovan kan förrättsligande betraktas som ett fenomen med såväl negativa som positiva sidor. Liksom andra sektorer av samhället kan idrottens förrättsligande medföra förbättringar, till exempel i form av ökad förutsebarhet och processuell rättvisa.¹⁶⁹ Idrottens förrättsligande beskrivs dock ofta som något negativt som bör undvikas och bekämpas.¹⁷⁰ Till grund för denna attityd ligger att rätten som huvudregel inte ska inverka på idrottslig verksamhet och att undantag endast bör komma ifråga när rätten bidrar med något positivt.¹⁷¹ Detta kan beskrivas som en presumtion mot reglering och annan rättslig inblandning, något som saknar motstycke inom andra sektorer av samhället.

Inte sällan formuleras sådana negativa åsikter om idrottens förrättsligande i generella ordalag utan att konkreta skäl till varför förrättsligandet är negativt anges.¹⁷² Detta innebär dock inte att alla påståenden om förrättsligandets negativa effekter är ogrundade. Det är möjligt att identifiera sex, vanligt förekommande och mer eller mindre självständiga argument mot idrottens förrättsligande.¹⁷³

Det materiella argumentet

Ett första argument mot förrättsligandet är att rättens inträde innebär en kvalitativ försämring av de styrande normernas materiella innehåll. Förrättsligande i form av externt påtvingade normer ger upphov till konkreta normkonflikter men även mer subtila (interna) förändringar kan förändra de styrande normerna i en oönskad riktning så att de passar den idrottsliga verksamheten sämre.

En grund på vilken en sådan slutsats kan dras är att rätten är generell och utvecklad för samhället i stort och för att reglera ”normala” sociala kontakter

¹⁶⁸ Se även Dotevall (2005), s. 37. Av NJA 2001 s 511 följer att en domstol endast kan ändra idrottsorganisationens beslut om det står i uppenbar strid med tävlingsreglerna. Se dock Dotevall (2005), s. 40 (kritiserar denna inskränkning).

¹⁶⁹ Se Beloff m.fl. (1999), s. 6.

¹⁷⁰ Titeln på en artikel av en ledande brittisk idrottsjuridisk akademiker, ”Juridification of the Football Field: Strategies for Giving Law the Elbow”, illustrerar en spridd grundinställning till idrottens förrättsligande. Gardiner & Felix (1995). Gardiner m.fl. beskriver rättens påverkan på idrotten huvudsakligen som ett uttryck för ”moral panik” och därmed, implicit, som någonting ogrundat och onödigt. Gardiner m.fl. (2007), s. 84–88. I enlighet med detta synsätt applåderar vissa att domstolar avstår från att ingripa i idrottsliga tvister. Se t.ex. Gray (2001), s. 26.

¹⁷¹ Se t.ex. Greenfield & Osbord (2003), s. 3–6; Richardson (2004), s. 137; Gardiner & Felix (1995), s. 191. Dessa ger uttryck för en sorts idrottslig variant av EU-rättens subsidiaritetsprincip enligt vilken EU ska avstå från att utöva sina befogenheter om syftet med lagstiftningen lika väl kan uppnås genom att medlemsstaterna agerar. Artikel 5.3 FEU.

¹⁷² Se t.ex. Gardiner m.fl. (2006), s. 84–88.

¹⁷³ Uppställningen nedan bygger delvis på Carlsson (2004), s. 7–8.

personer emellan och därför är illa lämpade att reglera förhållanden som råder inom idrotten.¹⁷⁴ Det hävdas till exempel att idrott skiljer sig från andra sektorer av samhället i det att idrotten i högre grad regleras genom formella regler som ska säkra tävlan (konkurrens) på lika villkor men även innehåller eller bygger på lek.¹⁷⁵ Vissa uttrycker också en oro för att sådant våld som tillåts eller till och med uppmanas inom idrotten är oförenligt med de rättsliga reglerna och att förrättsligandet därför innebär en förändring av hur idrotten utövas.¹⁷⁶

Relationsargumentet

Ett andra argument mot förrättsligandet är att det försämrar de idrottsliga relationerna. Detta argument vilar på två antaganden, dels att idrottsliga relationer är av en särskild natur, dels att relationernas natur förändras till det sämre till följd av förrättsligandet. Problemen med att generellt fastställa relationers art inom en sektion av samhället gör att det är svårt att avgöra argumentets bärighet. Foster har dock i olika sammanhang diskuterat frågan och i samband därmed konkretiserat relationsproblemet något. Han gör gällande att relationer inom idrotten inte innehåller fixerade rättigheter och skyldigheter av det slag som förekommer i rätten.¹⁷⁷ I denna bemärkelse innebär förrättsligandet en fixering av relationernas innehåll och förrättsligandets pris är således minskad flexibilitet. Foster menar också att förrättsligandet hotar idrottens ideella bas. Ett positivt särdrag i de idrottsliga relationerna är de många individer som genom frivilliga insatser möjliggör verksamheten. Denna ideella bas hotas enligt Foster av förrättsligandet om det får till följd att de inblandade individerna anser sig förpliktade att agera på ett visst sätt.¹⁷⁸

Ett annat sätt på vilket förrättsligandet förändrar relationer är, enligt Weber, att individerna på grund av rättens tydliga krav på inbördes rättigheter och skyldigheter inte anser sig behöva göra etiska eller moraliska överväganden. I likhet härmed framhåller Habermas risken för att förrättsligandet medför ”att etiska förhållningssätt trängs undan och ersätts av strategiska och framgångsrika dito.”¹⁷⁹ Att förrättsligandet enligt detta synsätt leder till mer egoistiska och opersonliga relationer är rimligen lika tillämpligt på idrottens förrättsligande och idrottsliga relationer som i andra sammanhang.

¹⁷⁴ Därmed inte sagt att det är en korrekt uppfattning att idrott skulle vara ”mer speciellt” än andra samhälleliga sektorer.

¹⁷⁵ Hargreaves (1986), s. 10–11.

¹⁷⁶ Jag återkommer till detta exempel nedan.

¹⁷⁷ Foster (1993), s. 106. Detta ger enligt Foster upphov till kommunikationsproblem mellan systemen. Ibid.

¹⁷⁸ Foster (2006), s. 158–159 (”from voluntarism to legalism”).

¹⁷⁹ Brännström (2006), s. 304–305, 307–308, s. 307 citerad.

Konfliktlösningsargumentet

Det tredje argumentet mot förrättsligande är att de rättsliga instanserna är sämre än de idrottsliga på att lösa de konflikter som uppstår inom idrotten. Argumentet fokuserar på den aspekt av förrättsligande som innebär att idrottsliga aktörer i ökad utsträckning löser konflikter med idrottslig anknytning i rättsliga forum.¹⁸⁰ Konfliktlösningsargumentet bygger delvis på relationsargumentet: de idrottsliga relationernas unika art, till exempel större flexibilitet och ideella åtaganden, medför att de konflikter som uppstår inom idrotten bör lösas genom mekanismer med motsvarande egenskaper. Sambandet mellan relations- och konfliktlösningsargumenten går enligt Foster även åt andra hållet såtillvida att ökad rättslig konfliktlösning påverkar de idrottsliga relationernas natur.¹⁸¹ Rättslig konfliktlösning är därför negativt av samma skäl som anfördes ovan vad gäller förändringen av de idrottsliga relationerna.

Identitetsargumentet

Somliga menar att förrättsligandet på olika sätt undergräver idrottens identitet. Till exempel analyserar Enehag hur rättens inblandning försvårar existensen för sociala subsystem som det idrottsliga.¹⁸² Detta anknyter till Timonen som förtjänstfullt diskuterar hur idrottens professionalisering och förrättsligande är två relaterade fenomen som orsakar identitetsproblem inom idrotten.¹⁸³

Men vad, mer specifikt, är problematiskt med idrottens identitetsproblem? I en övergångsfas innebär det interna slitningar men detta framstår inte som ett övertygande argument för att undvika förrättsligande om det på sikt och totalt sett innebär en förbättring. Det är i och för sig möjligt att idrottens identitet i mer materiellt hänseende kan försämrans till följd av förrättsligandet.¹⁸⁴ Detta ligger dock då rimligen inom eller mycket nära de ovan diskuterade argumenten, till exempel hör en försämring av idrottens identitet nära samman med försämringen av de idrottsliga relationerna.

De hittills diskuterade argumenten mot idrottens förrättsligande – det materiella argumentet, relationsargumentet, konfliktlösningsargumentet och identitetsargumentet – relaterar till den teori som flyktigt men ofta benämns som idrottens särart. Teorins kärna är, grovt förenklat, att idrott i olika hänseenden avviker från andra sektorer och att detta bör beaktas vid rättens tillämpning. Utifrån vad som anförts ovan omfattar idrottens särart bland annat att idrotten tillåter eller uppmanar beteenden som inte är acceptabla i andra sammanhang, att idrotten har en ideell bas och att relationer inom idrotten kännetecknas av flexibla rättigheter och skyldigheter.

¹⁸⁰ Foster (2006), s. 158.

¹⁸¹ Foster (2006), s. 164.

¹⁸² Enehag (2008).

¹⁸³ Timonen (2006), s. 40–43.

¹⁸⁴ Även om det är svårt att konkretisera vad det skulle bestå i.

Autonomiargumentet

Ett femte argument som ofta framförs mot idrottens förrättsligande – i synnerhet förrättsligande i form av utvidgad eller mer detaljerad lagstiftning – är att det hotar idrottsrörelsens rätt till självstyre, också benämnt rätten till självbestämmande eller autonomi.¹⁸⁵ Något stöd för var, när och hur denna idrottsliga rätt till självstyre uppstod ges sällan och inte heller preciseras denna rättighets materiella innehåll.

En rättighet som tydligt existerar är föreningsfriheten och denna angränsar onekligen till frågan om idrottens rätt till självstyre.¹⁸⁶ Föreningsfriheten är förvisso en rättighet i egentlig mening men denna omfattar endast individens rätt att bilda och ansluta sig till föreningar (positiv föreningsfrihet) och omvänt dennes rätt att inte behöva tillhöra en förening (negativ föreningsfrihet).¹⁸⁷ Föreningsfriheten kan dock inte användas som ett argument för att motsätta sig förrättsligandet av idrotten i andra avseenden än när det inskränker dessa individers rättigheter.

Trots att vissa talar om en ”rätt till självbestämmande” torde således få mena att det rör sig om en rättighet i egentlig mening. Det är snarare fråga om en ”tradition av självbestämmande” där lagstiftare och domstolar under lång tid avstått från att reglera respektive döma i frågor med nära samband till idrottslig verksamhet.¹⁸⁸ Detsamma kan dock rimligen även sägas om andra samhällsliga sektorer som blivit föremål för förrättsligande. Om förrättsligandet innebär en ändring av tradition och inte en kränkning av en ”genuin” rättighet blir autonomiargumentets bärighet otvetydig. På vilket sätt har idrottens självbestämmande ett värde självständigt från kvalitén i de regler som idrottsrörelsen antar?¹⁸⁹

Här kan man tänka sig två argument. För det första kan det hävdas att förrättsligandet (särskilt i dess ursprungliga Habermasiska bemärkelse) minskar den enskildes frihet och således är negativt från ett liberalt perspektiv.¹⁹⁰ Mot detta resonemang kan anföras att även idrottsrörelsens regler kraftigt begränsar individens frihet. Förvisso har individen frivilligt valt att delta i idrottsrörelsen och denne har teoretiskt ett inflytande över de idrottsliga normerna, men många idrotter är mycket stora rörelser och organiserade internationellt, pyramidalt struktur med långa avstånd mellan individ och beslutsfattande och inom idrotten förekommer formella regler i stor omfattning.¹⁹¹ Följaktligen upplever sannolikt

¹⁸⁵ Anderson (2010), s. 19. Se även Foster (1993), s. 105; Timonen (2006), s. 239, 249–250.

¹⁸⁶ Se Timonen (2006), s. 243.

¹⁸⁷ Se t.ex. regeringsformen 2 kap. 1 § p. 5 och 2 §; Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, artikel 12.1; Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, artikel 11.

¹⁸⁸ Jfr. Carlsson & Hoff (2005), s. 52 (beskriver idrottens autonomi som en ”strävan mot självreglering”); Enehag (2008), s. 2 (karaktäriserar detsamma som ”en ideologi som säger att idrotten är självreglerande...”); Greenfield & Osborn (2003), s. 1 (talar om ”the idea of self-regulation”); jfr. Foster (1993), s. 105 (menar att idrottens autonomi är en myt som används för att skydda idrotten från rättslig reglering).

¹⁸⁹ Det senare utgör del av det materiella argumentet diskuterat ovan.

¹⁹⁰ Jfr. Enehag (2008), s. 9. Se även diskussionen ovan.

¹⁹¹ Hargreaves (1986), s. 11.

många idrottsutövare att även idrottsrörelsens reglering inskränker deras individuella frihet och det är inte givet att förrättsligandet i alla sammanhang innebär ytterligare frihetsbegränsningar.¹⁹²

Ett andra och mer övertygande argument är att förrättsligandet undergräver idrottsrörelsens legitimitet och trovärdighet som normgivare samt förskjuter makten mellan olika aktörer inom idrottsrörelsen,¹⁹³ och därmed försvårar för idrottsrörelsen att med auktoritet reglera sådana frågor som inte omfattas av lagstiftning. Ett argument mot förrättsligande av idrotten som hör samman med idrottens autonomi är således att det försämrar effektiviteten i den modell där staten och idrottsrörelsen delar ansvaret att reglera idrottsliga verksamheter.¹⁹⁴

Komplexitetsargumentet

Ett sjätte och avslutande argument mot förrättsligandet är att det bidrar till ett mer komplext och svårförståeligt rättsläge som av den enskilde uppfattas som mer osäkert. Förrättsligande kan få sådana konsekvenser i två hänseenden. För det första innebär samexistensen av flera normsystem dels att svar på en viss fråga måste sökas i båda system, dels att båda system reglera samma fråga och att den som söker svaret därvid måste avgöra vilket system som har företräde. Redan inom idrotten uppstår denna typ av komplexitet på grund av att det existerar idrottsliga normgivare på flera olika nivåer inklusive nationell, regional och internationell nivå. Detta blir dock ännu mer komplext om rättssystem på dessa nivåer också får större betydelse.¹⁹⁵

För det andra finns det en risk att förrättsligandet leder till att de styrande normerna – oavsett om de är rättsliga normer i snävare bemärkelse eller icke-rättsliga normer som förrättsligats – är mer formella, ogenomskinliga och otillgängliga för lekmän. Detta antagande bygger dock på en delvis missvisande bild av rätten som stel och krånglig.¹⁹⁶

Doping är speciellt!

Eftersom det framförs flera argument mot idrottens förrättsligande kan det tyckas märkligt att idrottsrörelsen i stort välkomnar lagstiftarens inblandning för att bekämpa doping. Till exempel uppmanar IOK stater att engagera sig i kampen mot

¹⁹² Tvärtom rör många aktuella idrottsjuridiska frågor tillämpningen av rättsregler som syftar till att skydda individen från idrottslig reglering och ge denne större frihet, t.ex. när det gäller tillämpningen av EU-rättens grundläggande friheter på idrotten.

¹⁹³ Jfr. Foster (2006), s. 158–159 (beskriver hur förrättsligandet öppnar idrottsliga regler och beslut för kritik på rättslig grund och hur hotet om rättslig intervention är tillräckligt för att åstadkomma förändringar av reglerna samt hur förrättsligandet ändrar maktrelationer internt inom idrotten).

¹⁹⁴ Se vidare nedan angående rättspluralism.

¹⁹⁵ Jfr. Enehag (2008), s. 5.

¹⁹⁶ Brännström (2006), s. 306.

doping och efterfrågar samarbete mellan lagstiftaren och idrottsrörelsen för att koordinera lagstiftning relaterat till doping.¹⁹⁷ Ett annat exempel återfinns i organisationen av det svenska antidopingarbetet där idrottsrörelsen efterfrågar att staten tillsammans med idrottsrörelsen ska bilda en nationell antidopingorganisation ”med ett gemensamt ansvarstagande mellan idrottsrörelsen och staten.”¹⁹⁸ Riksidrottsförbundet har också ställt sig positiva till strängare rättsliga straff för dopingbrott.¹⁹⁹ Utöver dessa typer av extern reglering syns förrättsligandet i hur idrotten förhåller sig till doping internt; idrottsliga bestämmelser om och förfaranden kring doping uppvisar många likheter med straffrätten.²⁰⁰ I detta hänseende skiljer sig doping markant från hur man ställer sig till statlig och rättslig inblandning i andra idrottsliga företeelser; till exempel anser många att rätten bör ha en mycket begränsad roll när det gäller våld mellan idrottsutövare.²⁰¹

Foster antyder att idrottsrörelsen använder partnerskap med stater kring doping som en strategi för att i möjligaste mån kunna behålla sitt självstyre.²⁰² Oavsett om detta är en bra strategi eller ej är det inte uppenbart varför doping och våld mellan idrottsutövare skulle skilja sig åt på denna punkt. Doping skiljer sig från våld mellan idrottsutövare i två hänseenden som åtminstone delvis kan förklara skillnaden i mottagande: för det första ligger rättsens inblandning i doping i linje med de åtgärder som idrottsrörelsen vidtar och för det andra har idrotten så kraftfullt tagit avstånd från doping att det är tveksamt om doping uppfattas som en företeelse *inom* idrotten.

Vad gäller den första förklaringen finns det skillnader mellan vad som utgör doping i idrottslig och rättslig mening. I många praktiskt viktiga hänseenden delar dock idrottsrörelsen och lagstiftaren uppfattning om vad som ska bekämpas och viss överlappning förekommer. Detta kommer till exempel till uttryck i att idrottsrörelsens främsta kritik mot gällande lagstiftning mot doping är att den inte är tillräckligt långtgående, till exempel efterfrågar idrotten som nämnt kraftigare rättsliga sanktioner.

Avsaknad av allvarligare konflikter mellan idrottsliga dopingregler och rättsliga regler för bekämpning av doping innebär att det materiella argumentet mot förrättsligandet inte aktualiseras vad gäller doping. Det förklarar också varför inte heller autonomiargumentet aktualiseras vad gäller doping. Eftersom den rättsliga

¹⁹⁷ Lausanne Declaration on Doping in Sport, 1999, para. 6.

¹⁹⁸ SOU 2011:10, s. 17, 149.

¹⁹⁹ Prop. 2010/11:4, s. 80–81 (mer exakt att straffskalorna för dopingbrott av normalgraden och grovt dopingbrott ska sammanfalla eller närma sig de för narkotikabrott).

²⁰⁰ Foster (2001), s. 190.

²⁰¹ Se t.ex. Clarke (2000); Gardiner & Felix (1995); Richardson (2004), s. 137. Se också Hartley (2009), s. 93.

²⁰² Se Foster (2001), s. 189 (identifierar en straffrättslig diskurs inom idrottsrörelsens kamp mot doping).

inblandningen inte i nämnvärd omfattning utmanar idrottsrörelsens definition av problemet²⁰³ eller de åtgärder som idrotten vidtar mot doping innebär förrättsligandet inte ett ingrepp i idrottsrörelsens autonomi. Därutöver hjälper det att idrottsrörelsen är medveten om att den har svårt att lösa problemen på egen hand. Idrotten har delvis varit ”den som bjudit in” vilket rimligen innebär att kränkningen av dess autonomi uppfattas som mindre allvarlig.

Motsatsvis skulle sannolikt idrottsrörelsen i högre utsträckning uppfatta dopingkampens förrättsligande som ett problem om rätten i ökad omfattning åberopas för att begränsa de idrottsliga åtgärderna mot doping. Till exempel beskriver UEFA EU-domstolens dom i *Meca-Medina*²⁰⁴ som ett rättsligt och politiskt steg bakåt när det gäller EU:s respekt för idrottens särart och autonomi.²⁰⁵ Detta kan förklaras med att det materiella argumentet och autonomiargumentet i sådana situationer är mer aktuella.

Den andra skillnaden mellan doping och många andra idrottsliga företeelser är att idrottsrörelsen kraftigt och tydligt distanserat sig från doping och från idrottsutövare som dopar sig. Våld mellan idrottsutövare fördöms men kan ändå betraktas som en förlängning av acceptabelt idrottsligt beteende. I detta hänseende skiljer det sig från doping vilket ofta uppfattas och beskrivs som en icke-idrottslig företeelse som helt saknar plats inom eller koppling till den idrottsliga verksamheten. Genom att doping i sin helhet förskjuts från den idrottsliga verksamheten tappar många av argumentet mot förrättsligandet av fenomenet sin bärighet: idrottsrörelsen har ingen idrottslig relation till den som dopar sig vilket medför att relationsargumentet faller, förekomsten av doping är inte en del av idrottens identitet varför den hotas av rättsliga inblandningen inte heller aktualiserar identitetsargumentet och det saknas egentligt intresse från idrottsrörelsens sida att på ett smidigt sätt lösa den uppstådda konflikten med den dopade, vilket är centralt för konfliktlösningens argumentet.

När det gäller doping är det därför bara komplexitetsargumentet som i större omfattning talar mot ett förrättsligande. Reglering och bestraffning av doping är ett illustrativt exempel på när förekomsten av olika, formaliserade och komplicerat strukturerade regler delvis konkurrerande och kompletterar varandra och därmed skapar en komplex situation. Likaså innebär kriminaliseringen av doping en ökad belastning på rättsväsendet inklusive tullen, polis, åklagare och domare. Uppenbarligen väger dock dessa skäl inte tillräckligt tungt för att idrottsrörelsen ska motsätta sig ett förrättsligande av dopingkampen.

²⁰³ Något kortfattat är den rättsliga definitionen av doping snävare än den idrottsliga men detta förhindrar inte att den vidare definitionen ligger till grund för dopingbekämpande åtgärder inom idrotten.

²⁰⁴ Mål C-519/04 P, *Meca-Medina* och *Majcen* mot kommissionen, REG 2006, s. 6991. I *Meca-Medina* slår EU-domstolen fast att bl.a. idrottsliga dopingregler kan utmanas med stöd av konkurrensrätten.

²⁰⁵ Infantino (2006).

Kolonisering, domesticering eller rättspluralism?

Förrättsligande har stundom beskrivits i termer av kolonisering, såväl när det gäller förrättsligande allmänt²⁰⁶ och specifikt förrättsligande av idrott.²⁰⁷ Foster utvecklar bilden genom att tillägga att förrättsligande inte endast uppstår genom rättssystemets tvång och att idrotten mer eller mindre frivilligt bidrar till förrättsligandet. Förhållandet är dock komplext och sannolikt företar idrottsrörelsen vissa åtgärder på grund av ett latent hot om rättslig inblandning om de avstår. Som diskuterades ovan tillhör det också förrättsligandet att den rättsliga logiken breder ut sig och att aktörer i ökad utsträckning börjar resonera i rättsliga termer. Foster menar att det därför kan vara lämpligare att tala om rättens domesticering av idrotten snarare än dess kolonisering.²⁰⁸

Användandet av begreppen ”kolonisering” och ”domesticering” bygger dock åtminstone delvis på en idé om två separata och konkurrerande fält. Denna idé ligger i ännu större utsträckning till grund för den återkommande diskussionen kring huruvida idrotten åtnjuter autonomi eller om staten får och kan utöva makt över idrottslig verksamhet.

Mot detta dikotoma synsätt har vissa rättsvetare föreslagit en mer komplex modell för att beskriva förhållandet mellan idrotten och rätten. Denna modell baseras delvis på teorin om rättspluralism enligt vilken flera normsystem kan samexistera.²⁰⁹ Fosters uppfattning är att idrotten och staten är partners med delade befogenheter i kampen mot doping. I detta partnerskap reglerar staten på olika sätt, stundom genom lagstiftning, vissa frågor av lämplighetsskäl utan att därmed inkräkta på idrottens autonomi eller självstyre.²¹⁰ Gardiner m.fl. menar att teorin om rättspluralism till och med kan tjäna som ett verktyg för att bekämpa ”the too pervasive interventionist role of the law”.²¹¹

Utredningen ovan visar att en enkel värdering av idrottens förrättsligande inte låter sig göras. I vilken utsträckning och på vilket sätt det är lämpligt att rättsliga normer, principer och institutioner påverkar idrotten varierar mellan olika idrottsliga företeelse. Sådana modeller som diskuterats i denna artikel kan inte förklara allt men de ger en djupare och bättre förståelse av förhållandet mellan de rättsliga och idrottsliga normsystemen. Angreppssätt som är öppna och kritiskt granskande är under alla omständigheter att föredra framför det instinktiva motstånd mot idrottens förrättsligandeprocess som vissa ger uttryck för.

²⁰⁶ Se t.ex. Timonen (2006), s. 238 (citav Wilhelmsson).

²⁰⁷ Se t.ex. Carlsson (2004), s. 6; Little & Morris (1998), s. 130; Timonen (2006), s. 252.

²⁰⁸ Foster (2006), särskilt s. 159–161. För ett illustrativt exempel på hur denna teori kan användas för att förklara processer inom idrotten, se Carlsson (2009).

²⁰⁹ Se allmänt de Sousa Santos (2002), s. 89–98.

²¹⁰ Foster (2001), s. 202–203.

²¹¹ Gardiner m.fl. (2006), s. 88.

Källförteckning

Jack Anderson, *Modern Sports Law* (Hart, Oxford 2010)

José Luis Arnaut, *Independent European Sport Review* (2006), tillgänglig på <
http://www.sport-in-europe.com/SIU/HTML/PDFFiles/Full_Report_EN.pdf >
(2011-08-17)

Michael Beloff m.fl., *Sports Law* (Hart, Oxford 1999)

Lars Christian Blichner & Anders Molander, "Mapping Juridification", *European Law Journal* vol. 14 s. 36–54 (2008)

Gert Brüggemeier, "Flexible, You Say. Doesn't Sound Like Property To Me': A Comment On William H. Clune", *German Law Journal* vol. 12 s. 206–209 (2011)

Leila Brännström, *Förrättsligande* (Bokbox förlag, Malmö 2009)

Bo Carlsson, "Idrottens förrättsligande" (13 januari 2004), tillgänglig på <<
<http://www.idrottsforum.org/articles/carlsson/carlsson040113.pdf>>> (2011-09-17)

Bo Carlsson, "Insolvency and the domestic juridification of football in Sweden", *Soccer & Society* vol. 10 s. 477–494 (2009)

Bo Carlsson & David Hoff, "Idrottens konfliktlösningssystem – En rättssociologisk reflektion över idrottens rättskultur och dess etiska och rättsliga styrning", *Retfaerd* 2005 nr. 2 s. 51–68

Bo Carlsson & Mikael Lindfelt, "Legal and moral pluralism: normative tensions in a Nordic sports model in transition", *Sport in Society* vol. 13 s. 718–733 (2010)

C. Antoinette Clarke, "Law and Order on the Courts: The Application of Criminal Liability for Intentional Fouls During Sporting Events", *Arizona State Law Journal* vol. 32 s. 1149–1193 (2000)

Rolf Dotevall, "Avtalslagens tillämpning i idrottssammanhang. En kommentar till rättsfallet NJA 2001 s. 511" i *Avtalslagen 90 år* (Lund 2005) s. 35–40

Peter Enehag, "USA sitter i vinnarhålet – EU och förrättsligandet av idrottsfältet" (7 maj 2008), tillgänglig på <<
<http://www.idrottsforum.org/articles/enehag/enehag080507.pdf>>> (2011-09-17)

Ken Foster, "Developments in Sporting Law", i *The Changing Politics of Sport* (Lincoln Allison red., Manchester University Press, Manchester 1993) s. 106–124

Ken Foster, "The Discourses of Doping: Law and Regulation in the War against Drugs", i *Drugs and Doping in Sport – Socio-Legal Perspectives* (John O'Leary red., Cavendish, London 2001) s. 181–203

Ken Foster, "The juridification of sport" i *Readings in Law and Popular Culture* (Steve Greenfield & Guy Osborn red., Routledge, Oxon 2006) s. 155–182

Simon Gardiner m.fl., *Sports Law* (3:e uppl., Cavendish, Oxon 2007)

Simon Gardiner & Alexandra Felix, "Juridification of the Football Field: Strategies for Giving Law the Elbow", *Marquette Sports Law Journal* vol. 5 s. 189–219 (1995)

Andy Gray, "Doping Control: The National Governing Body Perspective" i *Drugs and Doping in Sport – Socio-legal Perspectives* (John O'Leary red., Cavendish, London 2001) s. 11–30

Steve Greenfield & Guy Osborn, "The Role of Law within Sport", 22 juni 2003, tillgänglig på <<http://www.idrottsforum.org/articles/greenfield_osborn/greenfield_osborn030622.pdf>> (2011-08-17)

Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band 2 (Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1981)

John Hargreaves, *Sport, Power and Culture* (St. Martin's Press, New York 1986)

Hazel Hartley, *Sport, Physical Recreation and the Law* (Routledge, Oxon 2009)

Deborah Healey, *Sport and the Law* (4:e uppl., UNSW Press, Sidney 2009)

Gianni Infantino, "Meca-Medina: a step backwards for the European Sports Model and the Specificity of Sport?", 10 februari 2006, tillgänglig på <<http://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/uefa/KeyTopics/480391_DOWNLOAD.pdf>> (2011-08-17)

Gavin Little & Philip Morris, "Challenging Sports Bodies' Determinations", *Civil Justice Quarterly* vol. 17(Apr) s. 128–148 (1998)

David McArdle, *From Boot Money to Bosman: Football, Society and the Law* (Cavendish, London 2000)

Richard Parrish, "The Birth of European Sports Law", *Entertainment Law* vol. 2 s. 20–39 (2003)

Dean Richardson, "Player Violence: An Essay on Torts and Sports", *Stanford Law and Policy Review* vol. 15 s. 133–166 (2004)

Gordon Silverstein, *Law's Allure: How Law Shapes, Constrains, Saves, and Kills Politics* (Cambridge University Press, New York 2009)

Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation* (2:a uppl., Butterworths LexisNexis, London 2002)

Michele Verroken, "A Time for Re-evaluation: The Challenge to an Athlete's Reputation" i *Drugs and Doping in Sport – Socio-legal Perspectives* (John O'Leary red., Cavendish, London 2001) s. 31–38

Stephen Weatherill, "Review - Professional Sport in the European Union: Regulation and Re-Regulation", *European Law Review* vol. 27(2) s. 234–235 (2002)

Pekka Timonen, "Om idrottens förrättsligande till idrottsrätt såsom rättsområde", *Svensk idrottsjuridisk förenings skriftserie* 2006 s. 238–254

Förrättsligande av myndighetstillämpning eller avrättsligande av rättigheter?

Syftet med den svenska allmänna och offentliga sjukförsäkringen är att täcka det inkomstbortfall som den försäkrade lider när han eller hon inte kan arbeta på grund av sjukdom. Försäkringen har, alltsedan dess införande på 1950-talet, varit ett standardskydd som baserats på arbetslinjen som inneburit att den försäkrade ska arbeta även om han eller hon är sjuk.²¹² Det är först när sjukdomen sätter ned den försäkrades förmåga att arbeta som ersättning ska utgå från sjukförsäkringen.²¹³

Inom socialförsäkringen anses sedan länge en försäkrad ha arbetsförmåga när han eller hon, trots sjukdom, har förmåga att försörja sig själv genom förvärvsarbete.²¹⁴

Sjukförsäkringen är alltså en arbetsbaserad försäkring som utgår till den som har, eller har haft, ett arbete, vilket medför att försäkringen är tydligt kopplad till att en försäkrad är etablerad på arbetsmarknaden.

Den 1 juli 2008 infördes den så kallade rehabiliteringskedjan i sjukförsäkringen.²¹⁵ Rättsligt innebar detta att den tidigare metoden för att med hjälp av vissa kriterier i sju olika steg fastställa om den försäkrades arbetsförmåga

212 Se exempelvis Junestav, Malin, *Arbetslinjer i svensk socialpolitisk debatt och lagstiftning 1930-2001*, Uppsala studies in economic history, Uppsala 2004, Junestav, Malin, *Socialförsäkringssystemet och arbetsmarknaden politiska idéer, sociala normer och institutionell förändring – en historik*, IFAU Rapport 2007:4, Mannelqvist, Ruth, *Samband i socialförsäkringen. En rättsvetenskaplig studie av sambandet mellan förmåner och avgifter i socialförsäkringen*, Iustus, Uppsala 2003 och prop. 1996/97:63 *Samverkan, socialförsäkringens ersättningsnivåer och administration*, m.m.

213 27 kap. 2 § socialförsäkringsbalken (SFB), tidigare 3 kap. 7 § lagen om allmän försäkring. Se även Mannelqvist, Ruth, *Arbetsförmåga i sjukförsäkringen – lagstiftarens motiv*, i *Förvaltningsrättslig tidskrift* 2008, s. 509–533.

214 Prop. 1996/97:28 *Kriterier för rätt till ersättning i form av sjukpenning och förtidspension*, s. 10.

215 Prop. 2006/07:136 *En reformerad sjukskrivningsprocess för ökad återgång i arbete*.

var nedsatt på grund av sjukdom, ersattes av tre tidsbegränsade bedömningsgrunder.²¹⁶ Utgångspunkten är fortfarande att det endast är en nedsatt arbetsförmåga på grund av sjukdom som medger rätt till ersättning, men lagstiftaren har vare sig definierat vad som avses med de olika begreppen eller exemplifierat i motiven vad som avses. Istället har Försäkringskassan, tillsammans med Socialstyrelsen, fått i uppdrag att utforma olika riktlinjer, bedömningskriterier och beslutsunderlag för att förenkla handläggningen. Frågan är om det leder till ett förrättsligande av myndighetstillämpningen eller ett avrättsligande av rätten till sjukförsäkringen?

Vad är arbetsförmåga?

Det finns inte någon legaldefinition av begreppet arbetsförmåga i socialförsäkringsbalken, eftersom arbetsförmåga inte kan betraktas som något statistiskt eller objektivt påvisbart tillstånd.²¹⁷ I motiven definieras förmåga som en möjlighet att kunna försörja sig själv genom arbete även vid sjukdom. Redan år 1944, när Socialvårdskommittén utredde den första sjukförsäkringen, diskuterades sjukdom och arbetsförmåga som två viktiga förutsättningar för rätten till ersättning. Det framhölls att vid sjukdom, som förorsakar förlust av arbetsförmåga eller för vars botande den sjuke bör avhålla sig från arbete, skulle ersättning utgå. Arbetsförmågan uppdelades i två typer; dels den faktiska förmågan att arbeta, som innebar att den försäkrade rent påtagligt kunde arbeta, dels den profylaktiska förmågan, där den försäkrade skulle avhålla sig från arbete för att kunna tillfriskna.²¹⁸ Den faktiska förmågan att arbeta brukar beskrivas som den förmåga som kvarstår när begränsningarna i den profylaktiska förmågan upphört och än idag finns den uppdelningen av arbetsförmågan till viss del kvar i lagstiftningen.²¹⁹

Den försäkrades sjukdom anses ha stor betydelse för arbetsförmågan. Under 1990-talet kopplades förmågan till medicinska faktorer som kunde medföra en fysisk eller psykisk sjukdom, ett följdillstånd efter en sjukdom eller ett medfött funktionshinder. Fysiska sjukdomar anses få andra konsekvenser än psykiska sjukdomar. Lagstiftaren framhöll också att samma sjukdom kan påverka olika personer på skilda sätt och att individuell hänsyn därför måste tas.²²⁰ Förmågan kan dessutom beskrivas som en kvantifierbar egenskap, eftersom lagstiftningen

216 Prop. 1996/97:28.

217 Prop. 1996/97:28, s. 14.

218 SOU 1944:15 Lag om allmän sjukförsäkring. Socialvårdskommitténs Betänkande VII, s. 20 och s. 100. Se även Vahlne Westerhäll, Lotta, Rättsliga aspekter på arbetsoförmåga på grund av sjukdom. Socialmedicinsk tidskrift 1997, nr 74 s. 361 ff.

219 Se bl.a. Vahlne Westerhäll, Lotta, Bergroth, Alf och Ekholm, Jan (red), Rehabiliteringsvetenskap. Rehabilitering till arbetslivet i ett flerdisciplinärt perspektiv. Studentlitteratur, 2006, s. 112 ff. 27 kap. 6-7 §§ SFB.

220 Prop. 1996/97:28, s. 11 och prop. 2000/01:96 Sjukersättning och aktivitetsersättning istället för förtidspension, s. 73 f.

kräver att arbetsförmågan är nedsatt i viss procentuell omfattning för att ersättas.²²¹ Samtidigt framstår det som mycket tydligt att individuella omständigheters påverkan på förmågan att arbeta aldrig på allvar diskuterats i motiven. Sjukdomars påverkan på individen ska beaktas, men det finns inget krav på att beakta hur andra individuella omständigheter kan påverka, som exempelvis om den enskilde är extremt klen byggd och om det ändå kan krävas att han eller hon ska utföra vissa tunga arbeten. Inte heller diskuteras vad som händer om den försäkrade saknar utbildning och kompetens, och om han eller hon måste utbilda sig och skaffar sig den kompetensen, även om just den individen rent faktiskt inte klarar en utbildning.

Den rättsliga förståelsen av arbetsförmåga är dock endast en aspekt. Arbetsförmåga kan även definieras utifrån andra skilda perspektiv, där förmågan kan bestå av fysiska, psykiska eller sociala dimensioner. Arbetsförmågan kan vara individbaserad, där förmågan jämförs med den försäkrades faktiska tillstånd innan sjukdomen, eller arbetsmarknadsbaserad, med en förmåga som relateras till vad som kan förväntas av en frisk person i motsvarande ålder och inom samma yrke.²²² I motiven finns dock liten, eller i vissa fall ingen, diskussion omkring olika förmågor. Generellt sett ligger fokus i motiven på hur arbetsförmågan ska bedömas formellt sett och analyser eller problematiseringar omkring vad som faktiskt kan vara en förmåga saknas i rätten.

Hur ska arbetsförmågan bedömas?

Arbetsförmågan, som alltså rättsligt framstår som något oklar utöver att den ska bedömas utifrån hur varje enskild individ påverkas av ett faktiskt sjukdomstillstånd, ska genom den så kallade rehabiliteringskedjan bedömas i en formaliserad ordning.

Den försäkrades sjukperiod indelas i tre delar eller skeden, där arbetsförmågan ska bedömas. Det första skedet sträcker sig från första sjukdagen upp till 89:e dagen i sjukperioden, där förmågan bedöms mot det arbete som den försäkrade faktiskt har, eller annat lämpligt arbete som arbetsgivaren tillfälligtvis kan erbjuda.²²³ Det andra skedet sträcker sig mellan dag 90 och dag 179 i sjukperioden. Under denna tid ska den försäkrades förmåga att arbeta även bedömas gentemot andra arbeten som arbetsgivaren kan erbjuda, alltså utifrån

221 27 kap. 2 § och 4 § SFB. Se även Westerhäll-Gisselsson, Lotta, Sjukdom och arbetsförmåga. Om rätten till sjukpenning. Norstedts förlag, Stockholm 1983.

222 Olika utgångspunkter och diskussioner diskuteras i Vahlne Westerhäll, Lotta (red), Arbets(o)förmåga: ur ett mångdisciplinärt perspektiv, Santerus Förlag, Stockholm 2008. Se även Tengland, Per-Anders, Begreppet arbetsförmåga, IHS Rapport 2006:1.

223 27 kap. 46 § SFB.

omplaceringsmöjligheten hos arbetsgivaren.²²⁴ Det tredje skedet gäller tiden från 180 dagar fram till och med 364 dagar i sjukperioden och här ska bedömningen göras gentemot alla förvärvsarbeten på den reguljära arbetsmarknaden i övrigt, eller mot annat lämpligt arbete som finns tillgängligt för honom eller henne.²²⁵ Saknar den försäkrade arbete ska bedömningen göras i relation till arbetsmarknaden redan från första dagen.

Prövningen mot hela arbetsmarknaden efter 180 dagar kan dock skjutas upp på två grunder, nämligen om det föreligger särskilda skäl eller om det i annat fall kan anses som oskäligt att göra en sådan prövning.²²⁶ Särskilda skäl finns om det medicinska underlaget visar att det finns en välgrundad anledning till att anta att den försäkrade kommer att återgå i arbete, samt att det finns en tidsplan för när så kan förväntas ske. Särskilda skäl kommer därför endast ifråga vid tydliga diagnoser och kan inte beaktas efter 365 dagar.²²⁷ Möjligheten att skjuta upp bedömningen på grund av oskälighet infördes i januari 2010, med motiveringen att det i tillämpningen visats att det fanns även andra omständigheter, vilka inte omfattades av särskilda skäl, som borde medföra en uppskjuten prövning. Hit räknades exempelvis någon som var allvarlig sjuk i en cancersjukdom och som egentligen skulle kunna klara av ett annat arbete, men där det skulle framstå som oskäligt att kräva detta. Även vissa progressiva sjukdomar som exempelvis multipel skleros räknades hit. Beaktandet av särskilda skäl gäller även efter 365 dagar. Enligt huvudregeln upphör rätten till ersättning efter ett år, men även här finns ett antal undantag.²²⁸

Undantagen i sjukförsäkringen är överhuvudtaget nära kopplade till den sjukdom som den försäkrade har, och kan ses som lagreglerade möjligheter att göra delvis skönmässiga bedömningar.

Vad avses med arbete?

I rehabiliteringskedjan understryks att bedömningen ska göras mot olika typer av arbeten vid olika skeden. I tidigare motiv framhölls att

224 27 kap. 47 § SFB.

225 27 kap. 48 § SFB.

226 27 kap. 48 § SFB.

227 Prop. 2007/08:136, s. 68 f.

228 Ettårsgränsen gäller inom en ramtid på 450 dagar, 27 kap. 21 § SFB, och ersättning som utgår under det första året kallas sjukpenning på normalnivå. Undantagen är tre och två av bestämmelserna kallas för sjukpenning på fortsättningsnivå och innebär en möjlighet till förlängning i ytterligare 550 dagar med sänkt ersättning (27 kap. 24 § SFB) eller en förlängning utan tidsbegränsning (27 kap. 24a § SFB). Den tredje undantagsregeln (27 kap. 23 § SFB) innebär att den försäkrade vid allvarlig sjukdom kan få sjukpenning på normalnivå även efter 365 dagar, utan tidsbegränsning eller sänkt ersättning.

[a]rbeitsförmåga är inte något statiskt, objektivet påvisbart tillstånd, arbetsförmåga måste bedömas i förhållande till ett visst arbete eller vissa arbetsuppgifter.²²⁹

I både det första och det andra skedet, mellan första sjukdagen och dag 179, ska också bedömningen som framgått göras gentemot faktiska arbeten eller arbetsuppgifter, förutsatt att den försäkrade har ett arbete. Efter dag 180, eller från första dag om den försäkrade är arbetslös, ska bedömningen alltså göras mot alla arbeten på den reguljära arbetsmarknaden. Vad som avses med begreppet arbete framgår inte i lagen. I motiven anförs att

[b]edömningen ska göras i förhållande till varje typ av arbete och det ska räcka att den försäkrade kan utföra något sådant arbete på den reguljära arbetsmarknaden.²³⁰

Vidare framkommer att sådana arbeten som är ”mycket udda och sällan förekommande”²³¹ inte avses, medan vissa subventionerade anställningar som exempelvis så kallade nystartsjobb ingår. Regeringen markerar dock att subventionerade anställningar som endast är tillgängliga för funktionshindrade som anställning med lönebidrag eller arbete vid Samhall inte omfattas. Någon närmare diskussion av vad som avses med arbete eller arbetsmarknad finns dock inte i motiven.

Leder förändringarna till förrättsligande eller avrättsligande?

Införandet av rehabiliteringskedjan motiverades med att

[f]ör att råda bot på passivitet i sjukskrivningsprocessen föreslår regeringen att en rehabiliteringskedja med fasta hållpunkter införs.²³²

Lagstiftaren ansåg således att det ansvar som vilade på Försäkringskassan – det vill säga att göra bedömningar av arbetsförmågan i den tidigare steg-för-steg-modellen inom ett år – inte hade hanterats i den utsträckning som förväntats. Genom tydligare regler för när bedömningarna ska göras hoppades lagstiftaren att råda bot på den passivitet som ansågs finnas. Innebär då rehabiliteringskedjan att rätten till sjukförsäkringen reglerats tydligare eller ledde detta till en annan förändring där myndighetens tolkning av rätten gavs företräde? Är detta ett paradigmskifte i sjukförsäkringen? Svaret på frågan blir både ja och nej. Reglernas förändring är både försumbara och betydande, medan det i motiven – där argumentationen bakom förändringarna återfinns – visar på ett delvis förändrat synsätt i

229 Prop. 1996/97:28, s. 14.

230 Prop. 2007/08:136, s. 67.

231 Prop. 2007/08:136, s. 67.

232 Prop. 2007/08:136, s. 58.

försäkringen, med en utveckling mot ett tydligt förrättsligande av myndighetstillämpningen. Samtidigt kan införandet av olika råd och anvisningar inom myndigheterna leda till ett förändrat synsätt, som går i motsatt riktning. Här följer två exempel.

Regler för bedömning i steg eller skeden

Det första exemplet handlar om reglerna i rehabiliteringskedjan av bedömningen i olika skeden, som i stor utsträckning överensstämmer med steg-för-steg-modellen i tidigare reglering. Modellen innebar att bedömningen skulle göras i sju olika steg, där rehabiliteringsåtgärder hade stor betydelse för möjligheten att förflytta bedömningen till nästa steg. I det första steget skulle bedömningen göras gentemot den försäkrades faktiska arbete, liksom även i det andra steget men då med beaktande av rehabiliteringsinsatser. I steg tre skulle bedömningen göras utifrån omplaceringsmöjligheter och i steg fyra med hänsyn till rehabilitering. Därefter gjordes bedömningen i steg fem mot normalt förekommande arbete på arbetsmarknaden, och i steg sex efter rehabilitering. Slutligen avslutades bedömningen i steg sju, gentemot sjukersättning vid varaktig nedsättning av arbetsförmågan. Det fanns inte någon föreskriven tidsgräns för bedömningen i lag och enligt motiven ansågs det inte lämpligt att reglera när och hur bedömningen skulle ske, eftersom den skulle baseras på individuella grunder. Det framgick dock tydligt av motiven att bedömningen av hela steg-för-steg-modellen vanligtvis borde vara avklarad inom ett år.²³³

Sammantaget innebär alltså rehabiliteringskedjans olika skeden inte någon större principiell rättslig förändring, men däremot en regelmässig förändring. Såväl den förskrivna tiden inom vilken bedömningen ska vara gjord som den tidsbegränsning av sjukförsäkringen som införts, kan ses som ett förrättsligande av myndighetstillämpningen. De fasta tidsgränserna, i bedömningen av arbetsförmågan och tidsbegränsningen av försäkringen, ger dock regelverket karaktären av ett lapptäcke. Undantagsregler av olika typer och med skilda innehåll har vuxit fram på kort tid, där massmedias intresse i specifika fall eller frågor kan misstänkas ligga bakom. Även om undantagen kan tolkas som lagstiftarens återinförande av skönsmässighet i tolkningen, har rehabiliteringskedjan starkt begränsad möjligheten till ett fritt skön i bedömningarna och försäkringens formalisering har därför lett till en diskussion om enskildas risk att ”hamna mellan stolarna”.²³⁴

233 Prop. 1996/97:28.

234 Se bl.a. skrivningar i motiven till förändringarna; Bet. 2009/10:SfU13 Ändringar i sjukförsäkringen och prop. 2009/10:45 Kompletterande förändringar i sjukförsäkringen, m.m. i samband med förstärkta insatser för återgång i arbete, samt exempel på medial uppmärksamhet; Dagens Nyheter 2009-12-09, 2010-09-18 och 2011-04-29, Svenska dagbladet 2010-09-18 och 2011-03-30, Aftonbladet 2010-09-25 och 2011-05-03 samt Expressen 2010-09-18, 2010-11-29 och 2011-01-22.

I jämförelse med tidigare reglering är detta en stor förändring och formaliseringen av bedömningen är ett paradigmskifte i sjukförsäkringen.²³⁵

Regler omkring arbete och arbetsmarknad

I det andra exemplet berörs arbetsförmågan som ska, i både nuvarande rehabiliteringskedja och tidigare steg-för-steg-modell, bedömas mot ett faktiskt arbete eller arbetsmarknaden.

I den tidigare steg-för-steg-modellen, liksom i den nuvarande rehabiliteringskedjan, definierades inte vad som avsågs med arbete, trots att arbetets krav och de förmågor som krävs på arbetsmarknaden har förändrats påtagligt de senaste 50 åren. Industrierbeten, där människor tidigare arbetat med fysisk styrka och uthållighet, innehåller i stor utsträckning automatiserade arbetsmoment och människor har blivit utbytta mot robotar. Sådana arbeten innebär numera istället övervakning, reparation och i vissa fall kundkontakt. Tillväxten av arbeten har skett inom bland annat servicesektorn och arbeten som kräver låg utbildning återfinns i hög grad inom denna sektor inklusive handel. Där krävs i många fall både fysiska förmågor och förmågan till direktkontakt med kunder. Eftersom egenkontrollen ofta blir lägre, då kunden styr arbetet, kan sådant arbete betyda svårigheter vid sjukdomstillstånd där förmågan skiftar kraftigt. Arbetets innehåll förändras också för individer som har samma yrkeskompetens och arbetsgivare, genom exempelvis förändrad organisation med ökade krav på samarbetsförmåga och kundkontakt och i platsannonser beskrivs det här ofta som social kompetens, flexibilitet och stresstålighet. Förändringarna sker successivt över tid och inom olika branscher.²³⁶

Inte heller återfinns någon närmare definition av arbetsmarknaden – eller normalt förekommande arbeten på arbetsmarknaden som det kallades i steg-för-steg-modellen – i regleringen. I motiven till den tidigare metoden framhölls att vad som kunde avses med normalt förekommande arbeten påverkades av olika föränderliga faktorer. Det ansågs inte möjligt att generellt ange vad som kunde avses, eftersom omfattning och förvärvsmässigt värde av en återstående

235 Även det så kallade Försäkringsmedicinska beslutsstödet har bidragit till en stark styrning och formalisering av bedömningen som inte fanns tidigare, www.socialstyrelsen.se/riktlinjer/forsakringsmedicinsktbeslutsstod.

236 Se bl.a. Ds 2002:56 Hållfast arbetsrätt för ett föränderligt arbetsliv, Hogstedt, Christer, Bjurvald, Mats, Marklund, Staffan, Palmer, Edward, och Theorell, Töres (red), Den höga sjukfrånvaron – sanning och konsekvens, Statens Folkhälsoinstitut, R2004:15, Eriksson, Birgitta och Larsson, Patrik, Våra arbetsmiljöer. I Berglund, Thomas och Schedin, Stefan (red), Arbetslivet, Studentlitteratur, Lund 2009, s. 135-166, Regeringens skrivelse 2009/10:248 En förnyad arbetsmiljöpolitik med en nationell handlingsplan 2010–2015.

samt Malmberg, Jonas, Vad handlar arbetsrättslig reglering om? En essä om arbetsrättens uppgifter, Uppsala Faculty of Law, Working Paper 2010:9.

arbetsförmåga som kunde finnas när någon var sjuk, berodde på den sjukdom eller skada som den försäkrade hade och skulle bedömas i förhållande till arbeten som ställde olika fysiska eller psykiska krav.

Genom att använda en övergripande formulering av arbetsmarknaden hoppades lagstiftaren på att

[...] tillämpningen anpassas till förändringarna på arbetsmarknaden utan att reglerna behöver ändras.²³⁷

Det kom dock att dröja drygt tio år innan en prejudicerande dom från dåvarande Regeringsrätten närmare definierade begreppet.²³⁸ Drygt två månader därefter, den 1 juli 2008, infördes rehabiliteringskedjan och ett nytt arbetsmarknadsbegrepp. I motiven kritiserades det tidigare begreppet, bland annat för att det saknades en definition.

Någon närmare definition av vilka arbeten som är normalt förekommande finns inte och inte heller finns det någon beskrivning av vilken förmåga en individ måste besitta för att klara ett på arbetsmarknaden förekommande arbete.²³⁹

Trots kritiken mot det gamla begreppet definierades eller diskuterades inte heller det nya arbetsmarknadsbegreppet reguljär arbetsmarknad. Därför är de arbeten mot vilken en försäkrade bedöms mot efter 180 dagar i sjukperioden fortfarande – och kanske i än högre grad än tidigare – hypotetiska och konstruerade. Sammantaget har dock det nya begreppet i sig inte medfört någon större rättslig förändring.

Istället för att rättsligt definiera begreppen omkring arbete i allmänhet och arbetsmarknad i synnerhet, får Försäkringskassan, tillsammans med Socialstyrelsen och i samråd med Arbetsförmedlingen, i uppdrag att vidareutveckla metoder och instrument för bedömning av arbetsförmåga.²⁴⁰ I uppdraget framgår att Försäkringskassan ska följa gällande lagstiftning och om det finns anledning att förändra regelverket ska Försäkringskassan föreslå det. Det kan dock finnas anledning att ifrågasätta om förslaget på metoder för att bestämma arbetsförmåga verkligen följer lagstiftningen, eller om inte dessa i själva verket har inneburit ett avrättsligande på området? Här finns ett tydligt paradigmskifte i försäkringen, där tolkning och förståelse av regelverket flyttas från den rättsliga arenan till myndighetsnivå, samtidigt som det kan befaras att myndigheten avviker från sjukförsäkringens rättsliga innehåll. Vi ser således ett förrättsligande på myndighetsnivå som inte alls är i överensstämmelse med rätten, vilket kan beskrivas som ett paradigmskifte.

237 Prop. 1996/97:28, s. 17.

238 RÅ 2008 ref 15.

239 Prop. 2007/08:136, s. 67.

240 Regeringsbeslut 2010-07-15, S2010/5364/SF. Se vidare Försäkringskassan Metoder och instrument för bedömning av arbetsförmåga inom sjukförsäkringen – delrapport 1, 2010-11-03 dnr 088713-2010, samt Metoder för bedömning av arbetsförmåga inom sjukförsäkringen – delrapport 2, 2011-08-16 dnr 088713-2010.

Den fortsatta utvecklingen?

Utvecklingen inom sjukförsäkringen, med målsättning att öka återgång i arbete, har lett till ett komplext regelverk med risk för godtycklighet i bedömningar. Begrepp som sjukdom och arbetsförmåga saknar definition och tydliga exemplifieringar i motiven, och består i sin tur av flera olika komponenter som allvarlighetsgraden av sjukdom eller innehåll i arbete och på arbetsmarknad.

För att underlätta förståelse och tillämpning av begreppen definierar och utarbetar Försäkringskassan och Socialstyrelsen bedömningsmodeller eller beslutsunderlag, eller det som kan kallas kvasi-reglering, exempelvis försäkringsmedicinska beslutsstöd, metoder för att bedöma arbetsförmåga och en enhetlig utformning av läkarintyg genom webbaserade intyg. I dessa används i sin tur andra begrepp, som exempelvis medicinska förutsättningar för arbete, som saknar definition eller koppling till lagstiftningen. Som motiv till kvasi-regleringen anförs en ökad enhetlighet, det vill säga likabedömning, och rättsenliga beslut, men dessa riskerar att leda till en rättstillämpning liknande ärendehantering baserad på standardiserade checklistor. Det här kan också beskrivas i termer av förrättsligande eller avrättsligande. En detaljreglering av bedömningar i regelverket i allt större utsträckning förrättsligar myndigheternas tolkning och tillämpning av försäkringen å ena sidan, men å andra sidan avrättsligas rättigheten i lag genom införandet av beslutsstöd och anvisningar för hur arbetsförmåga ska bedömas. En förändrad syn i motiven, tillsammans med ändringar i lagstiftningen, har bidragit till utvecklingen. Vilka konsekvenser kan detta få, för individen, för sjukförsäkringen eller för demokratin? Överensstämmer kvasi-regleringen med lagstiftningens målsättning, principer och konstruktion eller leder dess utformning till förändringar i sjukförsäkringen? Leder den till en ökad kvalitet i såväl rättsliga som medicinska bedömningar eller innebär den istället till en försvagning av rättigheter? Här behövs mera kunskap!

Den ofrivillige lagstiftaren – om rättslig reglering av underrättelseverksamhet

Säkerhetspolisens verksamhet, särskilt dess underrättelseverksamhet har länge varit förhållandevis oreglerad. Arbetet har i stor utsträckning skett i det fördolda och underrättelseverksamhetens inriktning och i viss mån även metoder har inte varit föremål för rättslig reglering.²⁴¹ Istället har inriktning skett (och sker i viss mån fortfarande) genom hemliga regleringsbrev och löst formulerade förordningar.²⁴² Inhämtning av information och spaning har i underrättelseverksamheten skett genom oreglerade spaningsmetoder och under perioder genom ett lagstridigt användande av tvångsmedel avsedda för förundersökningssituationer.²⁴³

Sedan Europakonventionen blev svensk lag har praxis från Europadomstolen inneburit att underrättelseverksamhet måste underställas förutsebara regler med institutionella kontrollmekanismer och processuella förhållningsregler. Samtidigt har också underrättelseverksamheten efter den 11 september 2001 fått allt mer

²⁴¹ Detta har även gällt andra delar av Säkerhetspolisens verksamhet. När Dennis Töllborg på 80-talet undersökte den svenska personalkontrollen saknades i stor utsträckning förarbeten och i stort sett allt material kring personalkontroll var sekretessbelagt. Lösningen Töllborg valde var att använda s.k. aktionsforskning, det vill säga att Töllborg själv agerade ombud och drev processer, bland annat i syfte att få del av material, bl.a. i det så kallade Leander-fallet, se Töllborg, Dennis, *Personalkontroll*, Symposion, Stockholm, 1986, s. 31.

²⁴² Se förordning (2002:1050) med instruktion för Säkerhetspolisen, myndighetens regleringsbrev där Säkerhetspolisens närmare inriktning sker är sekretessbelagd.

²⁴³ Se SOU 2002:87, s. 27 och 341, där Säkerhetstjänstkommissionen konstaterar att långvariga förundersökningar om hemlig kårverksamhet bedrivits utan avsikt att väcka åtal, som ett medel för att få använda hemlig teleavlyssning och den information som därigenom kan nås, i underrättelsesyfte. Hemlig telefonavlyssning kom därigenom att användas i tusentals fall för att samla in material om personer som inte var relevanta i den förundersökning som föranledde tvångsmedlet. Informationen sammanställdes sedan i fiktiva meddelarakter.

medial och politisk uppmärksamhet. Följden är att kravet på en tydlig rättslig reglering av underrättelseverksamheten ökat. Rättslig reglering och lagstiftningsförslag som inriktar sig specifikt på Säkerhetspolisens underrättelseverksamhet har också under senare tid vuxit fram. Genom en lagändring år 2007 fick Säkerhetspolisen möjlighet att i fråga om särskilt allvarliga brott använda tvångsmedel i preventivt syfte och slipper således skapa fiktiva förundersökningar.²⁴⁴ Ytterligare reformer väntar runt hörnet som ska ge Säkerhetspolisen rätt att i sin underrättelseverksamhet inhämta elektroniska uppgifter som samtalshistorik, internethistorik, geografisk lokalisering av mobiltelefoner i realtid, med mera.²⁴⁵ Även andra former av tidigare oreglerade spaningsformer som brottsprovokation, infiltration och vissa tekniska spaningsmetoder som används i underrättelseverksamhet har blivit föremål för lagstiftarens intresse.²⁴⁶ På behandlingssidan har den nya polisdatalagen inneburit att Säkerhetspolisens möjligheter att behandla personuppgifter har tydliggjorts.²⁴⁷

Denna form av förrättsligande av underrättelsesfären är inte unik för Sverige, samma trend har också uttryckligen observerats i exempelvis Kanada.²⁴⁸ Även om denna ökande rättsliga reglering av underrättelseverksamheten i Sverige främst drivs utifrån tydliga yttre imperativ kan den samtidigt betraktas utifrån en allmän trend av förrättsligande i det svenska samhället.²⁴⁹ Förrättsligande har också beskrivits som ett resultat av den fragmentering av ett tidigare stabilt socialdemokratiskt politiskt styre som ägt rum sedan 1990-talet.²⁵⁰

Den ökade rättsliga regleringen av underrättelseverksamheten passar in på en av de former av förrättsligande som beskrivits av Brännström, att författningar tar sikte på aspekter av det sociala livet som tidigare inte varit föremål för reglering i författning.²⁵¹ Frågan är då om man samtidigt kan säga att den ökade rättsliga regleringen även lett till att rätten, i form av rättsliga prövningar i domstol, eller annars, blivit mer närvarande i underrättelseverksamheten?²⁵² Det väcker också frågan om den ökade rättsliga regleringen i praktiken innebär rättssäkerhetsförstärkningar och förstärkningar av den personliga integriteten. Är

²⁴⁴ Se Lag (2007:979) om åtgärder för att förhindra vissa särskilt allvarliga brott, Prop. 2005/06:177.

²⁴⁵ Se SOU 2009:1, förslagen har också lett till en lagrådsremiss men propositionen som var tänkt att läggas i februari 2011 är försenad.

²⁴⁶ SOU 2010:103.

²⁴⁷ Polisdatalag (2010:361), träder i kraft 2012.

²⁴⁸ Roach, Kent, *When Secret Intelligence Becomes Evidence: Some Implications of Khadr and Charkaoui II*, Supreme court law review, 2009, 47 S.C.L.R. (2d), se även Security Intelligence Review Committee, *Annual Report 2009-2010*, tillgänglig på <<http://www.sircsars.gc.ca/anrran/2009-2010/sc01-eng.html>>

²⁴⁹ Brännström, Leila, *Förrättsligande*, Bokbox förlag, Malmö, 2009, s. 153-163.

²⁵⁰ Holmström, Barry, *The Judicialization of Politics in Sweden*, International Political Science Review, Vol. 15, No. 2, (Apr., 1994), s. 153-164

²⁵¹ Brännström, 2009, s. 39. Även om underrättelseverksamheten inte varit helt oreglerad tidigare, så torde styrningen främst varit att betrakta som politisk, inte rättslig, då regleringen skett företrädesvis genom hemliga regeringsbeslut och personliga kontakter mellan Säkerhetspolisen och Justitieministern/Statssekreterare.

²⁵² A.a., s. 40.

en sådan utveckling i så fall ett utslag för krav som ställs av Europadomstolen för mänskliga rättigheter i dess uttolkning av Europakonventionen?²⁵³ Eller handlar regleringsviljan egentligen om något annat, ett förrättsligande som sker i det paradoxala syftet att undvika rätten som sådan? Går det i så fall trots den ökade regleringen att tala om ett ökat förrättsligande i praktiken?

Europakonventionens krav på rättslig reglering

Sedan 1994 är Europakonventionen svensk lag.²⁵⁴ Den har också en särskild ställning i vårt rättssystem då Europadomstolen har rätt att pröva svensk rätts överensstämmelse med konventionen. Genom 2 kap. 19 § regeringsformen har också konventionen fått en rättslig status någonstans mellan grundlag och vanlig lag, då lag eller föreskrifter inte får meddelas i strid mot Sveriges åtaganden enligt konventionen. Europakonventionen skyddar ett antal intressen hos den enskilde som har en tendens att komma i konflikt med Säkerhetspolisens verksamhet och metoder. Särskilt skyddet för privat- och familjeliv i art. 8 har en tendens att passa illa ihop med den kartläggning som Säkerhetspolisen inom sitt verksamhetsområde har att ägna sig åt. I konventionen har de undertecknande staternas behov av ägna sig åt bland annat säkerhetspolisiär verksamhet beaktats genom undantag, exempelvis i Art 8, p. 2, som ger de undertecknande staterna möjlighet att inskränka vissa skyddade rättigheter i syfte att säkra bland annat den allmänna ordningen, den nationella säkerheten och vissa andra starka samhällsintressen.

Europadomstolen har också i ett antal rättsfall klarlagt att sådan underrättelseverksamhet som Säkerhetspolisen ägnar sig åt får förekomma i de fall det sker i syfte att skydda det demokratiska statsskicket från hot.²⁵⁵ Samtidigt har dock domstolen särskilt lyft fram att den form av hemlig övervakning av enskilda som säkerhetstjänster ägnar sig åt genom sin natur själv utgör ett hot mot demokratin, och att sådan verksamhet utan ett starkt rättsligt ramverk riskerar underminera demokratin i namnet av att skydda den.²⁵⁶ I ett antal fall har domstolen utvecklat vissa grundläggande krav som stater har att förhålla sig till när de ger sina säkerhetstjänster rätt att i hemlighet övervaka sina medborgare. Kortfattat kan dessa krav uttryckas som att en åtgärd måste vara proportionerlig, reglerad i lag, förutsebar, nödvändig i ett demokratiskt samhälle samt föremål för

²⁵³ Med Europakonventionen avses i det följande den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

²⁵⁴ Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

²⁵⁵ Europadomstolens dom i *Segerstedt och Wiberg m.fl. mot Sverige*, den 6 juni 2006, p. 88.

²⁵⁶ Europadomstolens dom i *Klass m.fl. mot Tyskland*, den 6 september 1978, p. 49-50.

effektiva rättsmedel.²⁵⁷ För undantag från materiella rättsstatliga principer kan man således säga att domstolen ställer krav på att staterna i förhållande till åtgärden fortfarande ska uppfylla formella rättsstatliga grundkrav.²⁵⁸ Utifrån frågan om förrättsligande kommer i det följande särskilt kravet på att åtgärden ska vara i enlighet med lag att behandlas.

Oavsett hur beaktansvärt syftet med en rättighetsinskränkande åtgärd är får staten enligt Europadomstolens praxis inte inkräkta på en rättighet enligt konventionen utan att den enskilde kan få visshet om grunden för denna inskränkning genom gällande lag. Denna lag måste också uppfylla vissa kvalitetskrav i fråga om rättssäkerhet och enhetlighet med rättsstatliga grundprinciper. Den ska således ge skydd mot godtycke, vara tillgänglig för allmänheten och även vara tillräckligt precis i utformningen för att intrång i den skyddade rättigheten blir tillräckligt förutsebara.²⁵⁹ Denna förutsebarhet kan inte vara absolut, men i *Malone mot Storbritannien* uttalade domstolen att:

[T]he requirement of foreseeability cannot mean that an individual should be enabled to foresee when the authorities are likely to intercept his communications so that he can adapt his conduct accordingly. Nevertheless, the law must be sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which the [police] are empowered to resort to this secret and potentially dangerous [measure].²⁶⁰

Domstolens resonemang i *Malone* upprepades i *Amann mot Schweiz*, som rörde telefonavlyssningar, där man uttalade att en lags förutsebarhet är knuten till frågan om den har tillräcklig precision för att en person – om än det kan kräva juridisk rådgivning – kan anpassa sitt beteende efter den. Vikten av denna precision blir särskilt central då telefonavlyssningar är ett allvarligt ingrepp i den personliga integriteten och tekniken som används blir allt mer sofistikerad.²⁶¹

I *Weber och Saravia mot Tyskland* gick domstolen vidare i sitt resonemang och tillämpade samma syn som blivit avgörande i *Malone*, där åtgärden rörde ett tvångsmedel riktat mot en specifik person, på en mer generell strategisk underrättelseinhämtning som kan beröra en större allmänhet. Domstolen pekade i *Weber och Saravia* särskilt på två viktiga aspekter. Man slog fast att det skulle vara oförenligt med *Rule of Law* om lagen gav den exekutiva makten eller en domare obegränsade möjligheter att använda sig av hemlig övervakning av

²⁵⁷ Harris, O'Boyle och Warbrick. (2009) *Law of the European Convention on Human Rights*, 2:a uppl., Oxford University Press, Oxford, s. 344-359.

²⁵⁸ Jfr Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979, s. 211-218, Dworkin, Ronald, *A matter of principle*, Harvard university press, London, 1985, s. 11-12. Se även European commission on democracy through law (Venice Commission), Report, *On the Rule of Law*, Study No. 512 / 2009, Strasbourg 2011.

²⁵⁹ Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, Norstedts Juridik, 2:a upplagan, 2002, s. 263.

²⁶⁰ Europadomstolens dom i *Malone mot Storbritannien*, den 2 augusti 1984, p. 67.

²⁶¹ Europadomstolens dom i *Amann mot Schweiz* den 16 februari 2000, p. 55-56.

kommunikationer, eftersom det inte finns någon möjlighet för individen eller allmänheten att granska denna övervakning. Lagen måste därför i tillräckligt tydliga ordalag indikera vilka möjligheter till övervakning som behöriga myndigheter får besluta om för att på så sätt skydda individen mot godtyckliga intrång i den personliga integriteten.²⁶² Domstolen pekade också ut vissa minimikrav i form av skyddsmekanismer som måste finnas i lagstiftningen för att undvika maktmissbruk:

En uppräknig av de brott som kan ligga till grund för inhämtning.

En definition på de kategorier av personer som riskerar att få sin kommunikation avlyssnad.

En begränsning i hur länge sådan avlyssning får pågå.

Processuella regler för att granska, använda och lagra inhämtad data.

De försiktighetsåtgärder som ska tas när dessa data ska kommuniceras till andra parter.

Omständigheterna när inhämtad information får, eller måste, raderas.²⁶³

Trots att dessa krav utvecklats främst i förhållande till tvångsåtgärder mot specifika enskilda personer eller adresser, har domstolen uttalat att den inte ser något skäl att inte samma principer för tillgänglighet och tydlighet i lagstiftningen ska tillämpas även i relation till mer generella övervakningssystem.²⁶⁴

I *Weber och Saravia* fann domstolen att den tyska lagstiftningen för strategisk avlyssning uppfyllde dessa krav. Samma bedömning gjordes dock inte i *Liberty mot Storbritannien*. Fallet rörde underrättelseinhämtning och filtrering av stora mängder telekommunikation som gick via undervattensledningar till och från Storbritannien, i syfte att förebygga hot mot rikets säkerhet. Domstolen konstaterade i *Liberty* liksom i *Malone* att när det gällde huruvida åtgärden var ”*in accordance with the law*” går kravet på lagenlighet längre än bara att åtgärden ska ha stöd i lag. Denna lag måste också vara förenlig med *Rule of Law*, tillgänglig för den berörda personen, som måste ha möjlighet att förutse de konsekvenser lagen har för honom eller henne.²⁶⁵ I den brittiska lagstiftningen fanns enligt domstolen flera brister. De skäl som kunde motivera inhämtning var mycket vida i sin formulering, exempelvis ”*national security*”, ”*preventing or detecting serious crime*” eller ”*safeguarding the economic well-being of the United Kingdom*”. Dessutom fanns riktlinjer för granskning, spridning och lagring som skulle

²⁶² Europadomstolens beslut i *Weber och Saravia mot Tyskland* den 29 juni 2006, p. 94.

²⁶³ A.a., p. 95.

²⁶⁴ Europadomstolens dom i *Liberty mot Storbritannien*, den 1 juli 2008, p. 63.

²⁶⁵ A.a., p. 59.

förhindra missbruk av inhämtat material bara i manualer som var otillgängliga för allmänheten. Utöver detta fann domstolen att det mandat för inhämtning som lagen gav till den exekutiva makten var mycket brett och kunde involvera i princip all telekommunikation som gick till eller från de brittiska öarna. Som domstolen uttryckte det; ”*The legal discretion granted to the executive for the physical capture of external communications was, therefore, virtually unfettered.*”²⁶⁶ I de fall, så som i Liberty, där domstolen finner att en åtgärd inte är i enlighet med lag, går domstolen inte vidare till nästa steg i prövningen, utan nöjer sig med att konstatera att det har skett ett brott mot konventionen. Kravet på lagenlighet är således ett tröskelkrav för att ett intrång i privatlivet överhuvudtaget ska kunna falla under de undantag konventionen medger för nationens säkerhet.

Sammantaget går det att se att kravet på tydliga, förutsebara och i lagstiftning uttryckta regler för de förutsättningar och former som gäller för underrättelseverksamheten torde utgöra ett starkt incitament till en ökad reglering av Säkerhetspolisens metoder och mandat i Sverige. Samtidigt går det också att se att svenska förarbeten sällan talar om Europakonventionen som ett uttryckligt skäl till ny lagstiftning på området, och detta även om behovet av att tydligare beakta rättssäkerhetsaspekter nämns.²⁶⁷ I de lagstiftningsåtgärder som nämnts ovan rörande Säkerhetspolisens underrättelseverksamhet berörs Europakonventionen i förarbetena främst i samband med uttalanden om att konventionens skydd för den personliga integriteten inte är absolut.²⁶⁸ Det är trots detta sannolikt att Europakonventionen är en starkt bidragande faktor till ökad reglering inom området även då det inte utgör det uttalade skälet.

Ökad reglering – ökad rättssäkerhet?

Utifrån Europakonventionens roll som pådrivande i den ökade rättsliga regleringen av underrättelseverksamheten kan det vara av intresse att studera om den ökade regleringen varit till förmån för individen, vars rättigheter konventionen är satt att skydda. Ser man på de senaste lagstiftningsåtgärderna framgår att åtminstone en av reformerna rörande Säkerhetspolisens verksamhet presenteras som en rättssäkerhetsförstärkning – Polismetodutredningens betänkande ”En mer rättssäker inhämtning av elektronisk kommunikation i brottsbekämpningen”, där det i direktiven framgår att rättsäkerhets- och integritetsintressen särskilt skulle beaktas.²⁶⁹ Denna utredning, vars proposition beräknas läggas under hösten 2011, kan vara lämplig som fallstudie för att studera i vilken utsträckning individintresset

²⁶⁶ A.a., p. 64.

²⁶⁷ Lagrådsremiss, *De brottsbekämpande myndigheternas tillgång till uppgifter om elektronisk kommunikation*, s. 68-69.

²⁶⁸ Ett tydligt undantag får här anses vara utredningen om särskilda spaningsmetoder där behovet av lagreglering av vissa spaningsmetoder lyfts fram särskilt och där även en särskild utredning om Europadomstolens praxis rörande dessa spaningsmetoder beställdes från professor Iain Cameron.

²⁶⁹ Dir. 2007:185.

fått genomslag i de föreslagna lagändringarnas effekt på underrättelseverksamheten.

Polismetodutredningens förslag innebär bland annat att regelverket i Lag om elektronisk kommunikation (LEK) som tidigare gav polisen möjlighet att under vissa förutsättningar utan domstolsprövning inhämta elektroniska uppgifter ska flyttas till rättegångsbalken och bli föremål för förhandsprövning i domstol.²⁷⁰ Så långt kan utredningens titel vara riktig. Samtidigt undantas Säkerhetspolisens inhämtning uttryckligen från denna förhandsprövning och avsikten är istället att denna verksamhet regleras i en särskild lag där myndigheten själv ges möjlighet att besluta om inhämtning får ske eller inte.²⁷¹ I utredningen beskrivs detta som att det i sak inte skulle innebära någon förändring mot den ordning som fanns under LEK.²⁷² Utredningens slutsats om rättsläget är dock inte problemfri. Bland annat har en tidigare utredning utifrån samma lagregler kommit till en motsatt slutsats. Enligt *Beredningen för rättsväsendets utveckling* (BRU) har någon skyldighet för operatörer att lämna ut uppgifter enligt LEK aldrig funnits utanför en förundersökningssituation.²⁷³ Att utlämnande under LEK varit begränsad till förundersökningar kan också indirekt utläsas av att JO ansett att ett beslut om inhämtning alltid bör underställas förundersökningsledaren.²⁷⁴ Polismetodutredningen redovisar dock inte den tidigare utredningens slutsatser i denna fråga, utan framhåller endast att möjligheten till inhämtning genom LEK ”har uppfattats gälla även i underrättelseverksamheten”, utan att presentera någon rättslig grund för denna slutsats.²⁷⁵ Oberoende av de skilda rättsliga analyser som utredningarna gjort går det att konstatera att inhämtning i underrättelseverksamhet genom LEK förekommit hos såväl Säkerhetspolisen som Tullverket.²⁷⁶ Beroende på vilken analys av rättsläget man väljer att luta sig mot har sådan inhämtning i bästa fall skett utan uttryckligt lagstöd och i värsta fall i strid med gällande rätt. I underrättelseverksamheten innebär den föreslagna lagändringen därför i första hand att en tillämpning som tidigare saknade uttryckligt lagstöd får lagstiftarens efterhandsvälsignelse. Effektivitetshänsyn framstår därför som drivande i utredningen.²⁷⁷

²⁷⁰ Tidigare har polisen själva fattat beslut om huruvida operatören ska lämna ut uppgifter eller ej. Någon extern bedömning har således inte gjorts.

²⁷¹ SOU 2009:1, s. 122-128.

²⁷² A.a., s. 134.

²⁷³ SOU 2005:38 s. 226.

²⁷⁴ JO 1998/99 s. 95.

²⁷⁵ SOU 2009:1, s. 72-73.

²⁷⁶ A.a., s. 53-54, 104.

²⁷⁷ En generell utgångspunkt vid BRU:s utredning var att effektiviteten i den brottsbekämpande verksamheten inte överhuvudtaget får stryka på foten. SOU 2005:38 s 195, ökad effektivitet var också en av utredningens huvuduppgifter, se utredningsdirektivet (dir. 2000:90) se SOU 2005:38 s. 483.

Det går förvisso att argumentera för att reglering av metoder som redan används är av godo i sig självt. I fråga om s.k. särskilda spaningsmetoder som brottsprovokation och hemliga identiteter framhävdes just en sådan en positiv effekt;

Det kan också nämnas att en författningsreglering av arbetsmetoder som används redan i dag utan uttryckligt eller s.k. positivt lagstöd kan sägas generellt öka skyddet för den personliga integriteten och stärka rättssäkerheten. Enbart genom det förhållandet att arbetsmetoderna regleras uppkommer en ökad grad av förutsebarhet. Samtidigt minskar risken för att metoderna används på ett olämpligt eller felaktigt sätt.²⁷⁸

Enligt detta resonemang är det alltså själva lagstödet för använda metoder som leder till ett ökat skydd för den personliga integriteten och rättssäkerheten. För att resonemanget ska vara korrekt krävs att två förutsättningar ska vara uppfyllda; dels att ökad reglering leder till ökad kontroll och insyn; och dels att ökad transparens och förutsebarhet skyddar den personliga integriteten.

När det gäller Polismetodutredningens förslag till ny reglering av inhämtning av elektroniska uppgifter i underrättelseverksamhet går det att konstatera att det fortfarande är Säkerhetspolisen själv som ska få fatta beslut om inhämtning av elektroniska uppgifter ska få ske eller ej.²⁷⁹ Detta led i inhämtningskedjan föreslås bli föremål för en mer löpande tillsyn från Säkerhets- och integritetsskyddsnämnden, vilket får vara att betrakta som en förstärkning av nämndens resurser och mandat.²⁸⁰ En löpande tillsyn från nämnden har dock redan tidigare skett i fråga om den faktiska behandlingen av de uppgifter som inhämtats.²⁸¹ Den utökade kontrollen kommer därmed främst att gälla frågor om Säkerhetspolisen följer sina egna rutiner i fråga om inhämtningsbeslut. Lagstiftningen får sägas leda till ökad förutsebarhet i den mån att åtgärderna inte längre sker på osäker rättslig grund, men i första hand utgör dock lagstiftningen i fråga om underrättelseverksamheten en utvidgning av det inhämtningsmandat som tidigare haft uttryckligt lagstöd.

I fråga om de så kallade särskilda spaningsmetoderna föreslår utredningen en särskild nämnd som ska pröva och ge tillstånd till underrättelsemyndighetens användning av sådana metoder.²⁸² En liknande lösning i fråga om tillgången till elektroniska uppgifter har dock redan avfärdats av regeringen i lagrådsremissen trots att tunga remissinstanser förordat en sådan lösning.²⁸³ Denna skepsis från regeringens sida mot förhandskontroll gör att det går att ifrågasätta om

²⁷⁸ SOU 2003:74, s. 69.

²⁷⁹ SOU 2009:1, s. 122-128.

²⁸⁰ A.a., s. 154.

²⁸¹ Lag (2007:980) om tillsyn över viss brottsbekämpande verksamhet.

²⁸² SOU 2010:103, s. 311.

²⁸³ Lagrådsremiss, *De brottsbekämpande myndigheternas tillgång till uppgifter om elektronisk kommunikation*, s. 90-92, Prop. 2005/06:177 s. 64 f.

utredningens förslag om nämndprövning vid särskilda spaningsmetoder kommer att bli verklighet.

Även när det gäller behandling av personuppgifter i Säkerhetspolisens verksamhet har den rättsliga reglering som tillkommit under senare år i huvudsak fått karaktär av undantag från det skydd som gäller för personuppgifter inom den öppna polisen.²⁸⁴ Säkerhetspolisen får, i större utsträckning än den öppna polisen, behandla och söka efter känsliga personuppgifter.²⁸⁵ Uppgifter får också, utan att några regler till skydd för den enskildes personliga integritet aktualiseras, föras över till tredje land. Kravet som ställs vid sådant utbyte är endast att det ska tjäna den svenska statsledningens intressen.²⁸⁶ Även EU:s rambeslut rörande dataskydd har blivit föremål för undantag vad gäller Säkerhetspolisens verksamhet.²⁸⁷

Den nya regleringen har alltså i stor utsträckning karaktären av undantag från rättssäkerhetsmekanismer som gäller för motsvarande åtgärder inom den öppna polisen. En ökad reglering som består av ökade befogenheter och mer långtgående metoder utan extern prövning kan inte per automatik sägas leda till ökad tillsyn och kontroll. En ökad tydlighet i regleringen kan dock i sig tolkas som en rättssäkerhetsförstärkning på så vis att det åtminstone i viss utsträckning leder till ökad *transparens* gällande vilka regler som styr underrättelseinhämtning – vilket är av betydelse ur rättsstatsperspektiv. I den mån effektiva kontrollinstanser faktiskt skulle tillföras kan detta möjliggöra ökad förutsebarhet, tillsyn och ansvar.

Därmed återstår det andra ledet i argumentationen; är inte ökad reglering gott i sig, då det är till förmån för den personliga integriteten? Detta argument tycks bygga på en sammanblandning av regler som har två olika funktioner. De ovan nämnda regler som skapar rutiner och interna strukturer för tillståndsgivning och tillsyn är i första hand ämnade skapa *transparens* i statens verksamhet. Dessa regler måste konceptuellt skiljas från sådana regler som tillförsäkrar individen *opacitet*²⁸⁸, dvs. regler som konkret begränsar statens faktiska insyn i den enskilde medborgarens personliga sfär. Dessa två former av regler fyller olika syften. Den reglering som har tillkommit på senare år har förvisso bidragit till ökad *transparens*, vilket är av intresse ur rättsstatlig synvinkel, men detta samtidigt som lagstiftningen ökat statens insyn i den enskildes personliga sfär genom att ytterligare integritetskränkande åtgärder tillkommit. Detta är problematiskt då *transparens*regler är ett nödvändigt komplement till – men inte en ersättning för – *opacitets*regler som tillförsäkrar den enskilde dennes personliga sfär. Där

²⁸⁴ Prop. 2009/10:85, s. 250-251.

²⁸⁵ A.a., s. 266.

²⁸⁶ A.a., s. 202. Se även Säkerhets- och integritetsskyddsnämndens rapport, *Tillsyn över Säkerhetspolisens utlämnande av personuppgifter till underrättelse- och säkerhetstjänster i andra stater*, 2011-06-09, Dnr 886-2010,

²⁸⁷ SOU 2011:20, s. 222-229.

²⁸⁸ Ett jämförbart, men enligt mig något klumpigare uttryck är *ogenomskinlighet*.

transparensregler reglerar horisontella maktbefogenheter mellan olika myndigheter så reglerar opacitetsregler det vertikala maktförhållandet mellan stat och individ och sätter normativa gränser för statens makt.²⁸⁹ När staten ökar sin insyn i individens förehavanden ökar dess makt över den enskilde, en maktförskjutning som inte utan vidare går att kompensera genom interna hanteringsregler på den horisontella nivån.²⁹⁰

Denna sammanblandning är inte en kritik som uteslutande bör riktas mot den svenska lagstiftaren. Även Europadomstolen fokuserar i stor utsträckning på transparenskrav och undviker svårare gränsdragningsfrågor rörande opacitet.²⁹¹

Rätt utan rätten – domstols inflytande eller brist därav

Regeringen avfärdade i fråga om inhämtning av elektroniska uppgifter såväl åklagare, domstolar, nämnder och andra rättsliga organ som olämpliga att utföra en förhandskontroll. Skälen som angavs var bland annat tidsaspekter och sekretessproblem.²⁹² Ett annat intressant argument som såväl regeringen som utredningen framfört i fråga om domstolar är att integritetsaspekten i underrättelseskedet präglas mer av ett medborgarperspektiv än av ett sådant tvåpartsförfarande som särskilt lämpar sig för rättslig prövning i allmän domstol. Detta skulle bero på att underrättelseverksamheten är mer framåtblickande och inte i samma utsträckning som under förundersökning inriktad mot en viss specifik person.²⁹³ Samtidigt går det att konstatera att så gott som varje given åtgärd i fråga om inhämtning av elektroniska uppgifter är inriktad på en specifik individ eller dennes omedelbara omgivning,²⁹⁴ även om personens identitet inte alltid är känd för polisen. Trots att verksamheten som sådan är inriktad på större fenomen är alltså integritetsintrånget i samma utsträckning som under förundersökning i första hand ett intrång i en specifik individs personliga sfär.

Någon skillnad i de inhämtade uppgifternas integritetskänsliga karaktär torde inte heller finnas mellan sådana uppgifter som inhämtas inom en förundersökning, och identiska uppgifter som inhämtas i underrättelseverksamhet. Skillnaden ligger främst i att graden av brottsmisstanke rörande den specifika person som blir

²⁸⁹ De Hert, Paul & Gutwirth, Serge, *Privacy, data protection and law enforcement – Opacity of the individual and transparency of power*, i E. Claes, A. Duff & S. Gutwirth (red.), *Privacy and the criminal law*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2006, s. 61-104.

²⁹⁰ A.a., s. 104.

²⁹¹ A.a., s. 63.

²⁹² Lagrådsremiss, *De brottsbekämpande myndigheternas tillgång till uppgifter om elektronisk kommunikation*, s. 90-92.

²⁹³ A.a., s. 91.

²⁹⁴ Med möjligt undantag för så kallad basstationstömning. Denna innebär att brottsbekämpande myndigheter begär ut uppgifter om alla de mobila enheter som vid en given tidpunkt varit uppkopplad till mobilmaster vid en specifik plats av intresse för en brottsutredning. Åtgärden träffar således många individer, men syftet är ofta att konstatera vilka specifika mobila enheter som sedan kan vara av intresse för fortsatta åtgärder.

föremål för en åtgärd är lägre, eller helt saknas. Att tvåpartsförfarandet i fråga om specifika inhämtningsåtgärder, vilket är vad lagen reglerar, skulle vara mindre påtagligt inom underrättelseverksamheten är alltså tveksamt. Det är inte heller främmande för domstolar att pröva mål som rör samhällsintressen mot mer generella medborgarperspektiv, sådan prövning sker exempelvis i fråga om miljölagstiftning. Regeringen har även framfört att domstolar inte skulle vara lämpliga som tillståndsgivare för operativa åtgärder i underrättelseverksamheten då förtroendet för domstolens roll som oberoende prövningsinstans i och med detta på något vis skulle befläckas.²⁹⁵ Frågan är varför, då någon sådan risk för förtroendeskada inte verkar hindra att domstolar fattar beslut om tvångsåtgärder under förundersökning och i fråga om preventiva tvångsmedel. Man kan ställa sig frågan om inte denna effekt lika gärna skulle kunna fungera åt motsatt håll, det vill säga att förtroendet för domstolarnas oberoende prövning skulle smitta av sig på underrättelseverksamheten och skänka den en ökad legitimitet och acceptans då den blir föremål för starkare yttre rättslig kontroll. Slutligen har regeringen framfört att även tidsaspekter och sekretessproblem talar mot domstolar som tillståndsgivare. Dessa frågor är främst av praktisk art och torde gå att lösa genom att exempelvis begränsa prövningar till vissa domstolar eller rotlar där åtgärder för att tillförsäkra tidsaspekter och sekretess kan genomföras. De praktiska svårigheterna torde därmed inte vara oöverstigliga, på samma sätt som de tidigare gått att lösa vid användandet av nämnder. Ett mer empiriskt grundat skäl till skepsis kring domstolar som kontrollmekanism är att domstolar tidigare misslyckats med att uppfylla sin roll som garant för rättssäkerhet, så som tydligt illustrerats av Säkerhetspolisens tidigare missbruk av hemlig telefonavlyssning.²⁹⁶ Detta skäl har dock lagstiftaren inte lyft fram i sina överväganden.

Oavsett vilka skäl som framförts går det att konstatera att det finns en klar skepsis från regeringens sida mot domstolar som organ för förhandsprövning vid underrättelseverksamhet. Utifrån det ovanstående går det också att konstatera att den ökade rättsliga regleringen inom underrättelseverksamheten i stor utsträckning har fått formen av undantag från de generella regler och rättssäkerhetsmekanismer som gäller för liknande åtgärder inom den öppna polisen och under

²⁹⁵ Lagrådsremiss, *De brottsbekämpande myndigheternas tillgång till uppgifter om elektronisk kommunikation*, s. 91.

²⁹⁶ I Säkerhetstjänstkommissionens rapport (SOU 2002:87) uttalades följande om domstolarnas tillståndsgivande till avlyssningsåtgärder. ”Det är påfallande att domstolarna i många fall låtit telefonavlyssningen pågå under mycket lång tid utan att det framkommit något som kunnat läggas till grund för ett åtal eller ens inneburi att misstankarna stärkts. Domstolarna har i många fall inte i tillräcklig utsträckning levt upp till sin uppgift att vara ett värn för den enskildes rättstrygghet. Detta är ägnat att inge starka betänkligheter. Samtidigt måste det framhållas att domstolarna haft begränsade möjligheter att tränga in i det företedda materialet med avseende på sådant som källornas tillförlitlighet och misstankarnas rimlighet. I dessa hänseenden har de i praktiken varit helt hänvisade till åklagarna och Säkerhetspolisen.”

förundersökning. Den rättsliga regleringen blir därigenom något motsägelsefullt ett verktyg för att minska rättens inflytande på underrättelseverksamheten. Man kan därmed också betrakta lagstiftaren i detta sammanhang som ofrivillig, i det att lagstiftningsåtgärder föranleds av behovet att utifrån Europakonventionen tydligt reglera Säkerhetspolisens möjligheter att använda integritetskänsliga metoder i sin underrättelseverksamhet. Då lagstiftaren är ovillig att begränsa användningen av dessa metoder får lagstiftningsåtgärder antingen formen av utvidgningar av tillåtna metoder eller formen av undantagsregler från generella rättsäkerhetsmekanismer.

På ett område kan man dock tala om att domstolarna fått en större roll att spela när det gäller underrättelseverksamheten. Genom kriminaliseringen av bland annat stämpling till terroristbrott genom 4 § lag (2003:148) om straff för terroristbrott, kan underrättelsematerial inhämtat av Säkerhetspolisen få en klart större betydelse som bevismaterial i straffprocesser.²⁹⁷ Domstolars hantering och bedömning av underrättelsematerial i form av bevisning kommer därför att öka, även om deras roll som rättssäkerhetsmekanism vid inhämtning av sådant material ser ut att förbli liten.

²⁹⁷ Det första fallet är det s.k. "Terrormålet" i Hovrätten för västra Sverige, Dom i mål nr B 4645-10, meddelad den 2 mars 2011.

Källförteckning

Offentligt tryck

Proposition 2005/06:177, Åtgärder för att förhindra vissa särskilt allvarliga brott.

Proposition 2009/10:85, Integritet och effektivitet i polisens brottsbekämpande verksamhet.

SOU 2002:87, *Rikets säkerhet och den personliga integriteten*, Betänkande av Säkerhetstjänstkommissionen.

SOU 2003:74, *Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen*, Delbetänkande av Beredningen för rättsväsendets utveckling.

SOU 2005:38, *Tillgång till elektronisk kommunikation i brottsutredningar m.m.*, betänkande av Beredningen för rättsväsendets utveckling.

SOU 2009:1, *En mer rättssäker inhämtning av elektronisk kommunikation i brottsbekämpningen*, betänkande av Polismetodutredningen.

SOU 2010:103, *Särskilda spaningsmetoder*, betänkande av Polismetodutredningen.

SOU 2011:20, *Dataskydd vid europeiskt polisiärt och straffrättsligt samarbete*, betänkande av Utredningen om informationsutbyte vid brottsbekämpning m.m.

Lagrådsremiss, *De brottsbekämpande myndigheternas tillgång till uppgifter om elektronisk kommunikation*.

Dir. 2007:185, *Tilläggsdirektiv till Polismetodutredningen (Ju 2008:01)*, Justitiedepartementet.

JO:s ämbetsberättelse 1998/99 s. 95.

Säkerhets- och integritetsskyddsnämndens rapport, *Tillsyn över Säkerhetspolisens utlämnande av personuppgifter till underrättelse- och säkerhetstjänster i andra stater*, 2011-06-09, Dnr 886-2010

Rättsfall

Hovrätten för västra Sverige, Dom i mål nr B 4645-10, meddelad den 2 mars 2011.

Europadomstolens dom i *Klass m.fl. mot Tyskland*, den 6 september 1978.

Europadomstolens dom i *Malone mot Storbritannien*, den 2 augusti 1984.

Europadomstolens dom i *Amann mot Schweiz* den 16 februari 2000.

Europadomstolens dom i *Segerstedt och Wiberg m.fl. mot Sverige*, den 6 juni 2006.

Europadomstolens beslut i *Weber och Saravia mot Tyskland* den 29 juni 2006.

Europadomstolens dom i *Liberty mot Storbritannien*, den 1 juli 2008.

Övrig litteratur

Brännström, Leila, *Förrättsligande*, Bokbox förlag, Malmö, 2009.

Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, Nordstedts Juridik, 2:a uppl., 2002.

De Hert, Paul & Gutwirth, Serge, *Privacy, data protection and law enforcement – Opacity of the individual and transparency of power*, i E. Claes, A. Duff & S. Gutwirth (red.), *Privacy and the criminal law*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2006, s. 61-104.

Dworkin, Ronald, *A matter of principle*, Harvard university press, London, 1985.

European commission on democracy through law (Venice Commission), Report, *On the Rule of Law*, Study No. 512 / 2009, Strasbourg 2011

Harris, O'Boyle och Warbrick. (2009) *Law of the European Convention on Human Rights*, 2:a uppl., Oxford University Press, Oxford.

Holmström, Barry, *The Judicialization of Politics in Sweden*, International Political Science Review, Vol. 15, No. 2, (Apr., 1994), s. 153- 164.

Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979.

Roach, Kent, *When Secret Intelligence Becomes Evidence: Some Implications of Khadr and Charkaoui II*, Supreme court law review, 2009, 47 S.C.L.R. (2d).

Security Intelligence Review Committee, *Annual Report 2009-2010*, tillgänglig på <<http://www.sirc-csars.gc.ca/anrran/2009-2010/sc01-eng.html>>

Töllborg, Dennis, *Personalkontroll*, Symposion, Stockholm, 1986.

Historisk-kontextuella analyser av rättsutvecklingen

Juridiska institutionens forskningsinternat är ett viktigt moment i doktorandernas forskarutbildning. Den gäst som bjuds in till internatet brukar därför uppmanas att bidra inte bara med ett föredrag utifrån sin egen forskning utan även med underlag för en diskussion kring teori- och metodfrågor i avhandlingsskrivandet. Leila Brännström avslutade internatets andra dag med en mycket intressant diskussion med utgångspunkt i de reflektioner hon hade gjort kring sitt eget avhandlingsskrivande. En kort introduktion ges i det paper som presenteras nedan.

I detta anförande kommer jag att inledningsvis teckna en bild av de frågor som brukar ställas och besvaras i dagens svenska rättsvetenskap. Denna framställning syftar till att positionera de frågor som ställs i studier som undersöker rättsutvecklingen. Därefter kommer jag att redogöra för ett särskilt sätt att utforska rättsutvecklingen, nämligen historisk-kontextuella analyser.

Den traditionella rättsvetenskapliga metoden beskrivs ofta som en metod för att ta reda på gällande rätt (i en situation eller på ett visst område). I praktiken brukar dock undersökningar som säger sig använda traditionell rättsvetenskaplig metod ställa, och söka svara på, en rad andra frågor än vad som rättsligen gäller. Till exempel tillhandahåller de ofta vad vi kan kalla för policyrekommendationer (det vill säga vad som borde vara gällande rätt). Som underlag för sådana rekommendationer gör rättsvetenskapspersonen ofta enklare konsekvensanalyser, utforskar rättsreglers funktioner och undersöker i vilken utsträckning gällande rätt lever upp till de ideal som finns erkända i rättskällorna eller i den rättsliga diskursen (rättssäkerhet, likhet inför lagen, och så vidare).

I jämförelse med arbeten som kategoriserar sin metod som traditionellt rättsvetenskapligt är den kritiska rättsvetenskapen ofta tydligare med vilka värderingar, hänsyn och intressen som vägleder, inte bara föreslagna

policyrekommendationer, utan även själva systematiseringen och tolkningen av gällande rätt. Kritisk rättsvetenskap kontrasterar ofta alternativa tolkningar av vad som rättsligen gäller med varandra och klargör vilka värderingar som respektive alternativ ger uttryck för och vilka effekter som de ger upphov till. Kritisk rättsvetenskap brukar också utvärdera gällande rätt utifrån ett bredare spektra av ideal och löften (framförallt rättvisa och jämlikhet i olika bemärkelser).

Rättsvetenskapliga arbeten undersöker ibland rättens samhälleliga effekter på ett mer systematiskt sätt. De metoder som används härvid är desamma som rättssociologins och andra samhällsvetenskapers. Det kan handla om enkätundersökningar, intervjustudier, deltagande observationer, kvantitativa analyser med mera.

Vanligt förekommande är också ideologi- och diskursanalyser som används för att undersöka a) värderingarna som kommer till uttryck i rättskällorna och/eller den rättsliga diskursen b) förståelsen av verkligheten som rättskällorna eller den rättsliga diskursen utgår från, c) konstruktionen av den sociala verkligheten i rättskällorna eller i den rättsliga diskursen. Samhällsvetenskapliga teorier används ofta i sådana studier för att förklara arbetets upplägg och/eller dess resultat.

Studier av rättsutvecklingen undersöker hur och varför gällande rätt och/eller den rättsliga diskursen förändrats över tid. Sådana undersökningar kan ta sikte på en särskild fråga, på ett rättsområde eller på gällande rätt/den rättsliga diskursen i det stora hela.

Ibland kartlägger studier av rättsutvecklingen sambanden mellan någon aspekt av samhällsutvecklingen (teknisk utveckling, ekonomisk utveckling, kulturell utveckling, ideologisk utveckling, etc.) och rättsutvecklingen. En svaghet med detta upplägg är risken för att rättsutvecklingen framställs som en återspeglning av den ena eller andra samhällskraften och att de konkreta handlingar som producerar och reproducerar rättens utveckling förbises.

En historisk och kontextuell analys av rättsutvecklingen är ett annat sätt att undersöka hur och varför rätten har förändrats över tid. Nedanstående tre termer utgör ledstjärnor i en sådan analys:

Nominalism. Detta innebär att universalier betraktas som beteckningar för en samling partikulariteter. Begrepp antas sakna essenser.

Interpretivism. Det betyder att nyckeln till att förstå samhällsutvecklingen (däribland rättsutvecklingen) finns i de föreställningar som underbygger och vägleder mänskligt handlande. Samhällsutvecklingen kan inte förklaras av formella begrepp, teleologiska principer, reifierade strukturer eller institutioner.

Kontingens. Samhällslivet återskapas av en serie kontingenta handlingar som tillägnar sig, anpassar och förändrar det förflutna för att skapa nuet.

I en historisk och kontextuell analys finns inte någon särskild teknik för samlande av data. I (vetenskaps)samhället spridda kausala förklaringar, modeller och klassifikationer betraktas själva som data (fall, exempel) som kan förklara de

handlingar som har drivit på rättsutvecklingen. De data som används (fall och exempel) syftar inte till att verifiera en ahistorisk tes, utan till att illustrera ett mönster. Syftet är sålunda inte att bevisa ahistoriska teser av typen ”pendeln svänger med jämna mellanrum mellan politik och rätt”, eller ”det moderna samhällets ständigt tilltagande funktionspecialisering förklarar den allt högre normgivningstakten” eller ”EG-domstolens dynamiska rättstillämpning kan förklaras av *rational choice*”.

En historisk och kontextuell analys av rättsutvecklingen söker sätta i relief företeelser, mönster, eller utvecklingstendenser som inte har uppmärksammats i den offentliga eller vetenskapliga diskursen. Ändamålet med studierna är att förklara rättsutvecklingen men de förklaringar som erbjuds är historiska snarare än formella. Det resultat som eftersträvas är nya sätt att ”förstå” de praktiker och ideal som genomsyrar vår samtid.