



LUND UNIVERSITY

Domarnas oavhängighet och domarnas känsla av oavhängighet

Sunnqvist, Martin

Published in:
Tidskrift för Sveriges domareförbund

2011

Document Version:
Förlagets slutgiltiga version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Sunnqvist, M. (2011). Domarnas oavhängighet och domarnas känsla av oavhängighet. *Tidskrift för Sveriges domareförbund*, (2), 35-51.

Total number of authors:
1

Creative Commons License:
Ospecificerad

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

Domarnas oavhängighet och domarnas känsla av oavhängighet

Av Martin Sunnqvist

I denna artikel sammanfattar jag vad som kännetecknar domstolarnas och domarnas oavhängighet och diskuterar om oavhängigheten är tillräckligt fast förankrad i svensk rätt. Jag har utgått från Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) och därtill anslutande rättspraxis² samt från de internationella dokument som behandlar domstolars och domares oavhängighet, nämligen:

- *Grundprinciper för domstolsväsendets oberoende* (FN-GDO), antagna av FN:s sjunde kongress om brottsförebyggande och behandling av lagöverträdare samt bekräftade av generalförsamlingen 1985,
- *Europeisk stadga om regler för domarnas rättsställning* (ESDR), antagen vid ett internationellt möte med bl.a. domare och med biträde av Europarådet 1998,
- *Allmän domarstadga* (ADSt), antagen av Internationella domarunionens centralråd 1999,³
- *Bangaloreprinciperna* (BPJC), antagna inom FN:s ram år 2002 och försedda med en kommentar år 2007,⁴ och
- *Rekommendation R (2010) 12 av Europarådets ministerkommitté till medlemsstaterna om domare: oberoende, effektivitet och ansvar* (R(2010)12)⁵

Dessa dokument kan sägas sammantaget innehålla internationellt accepterade standarder för judiciell oavhängighet.⁶ De kan därmed anses

² Se till hörande frågor David Harris, Michael O'Boyle och Colin Warbrick m.fl., *Law of the European Convention on Human Rights*, 2 uppl., Oxford 2009, ssk. s. 284-290 och 297-298. Jag har hänvisat till denna bok även vad gäller slutsatser dragna från rättsfall som inte finns tillgängliga i HUDOC. De rättsfall var till hänvisningar finns i det följande är tillgängliga i HUDOC, <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>.

³ Se till dessa tre dokument *Domarens självständighet – några internationella dokument*, skrift utgiven av Sveriges Domareförbund och Domstolsverket, 2003.

⁴ Se <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cjje/textes/BangalorePrinciplesComment.pdf>

⁵ http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cjje/textes/DocsRef_en.asp. Ersätter R(94)12.

⁶ Se här till Jonas Grimheden, *Themis v. Xiezhai: Assessing Judicial Independence in the People's Republic of China under International Human Rights Law*, Lund 2004, särskilt s. 20-52, Van-Hoa

utveckla och precisera betydelsen av det för Sverige bindande regelverket enligt EKMR och Europadomstolens praxis. På grundval härav kan de svenska domstolarnas och domarnas ställning diskuteras.

När detta skrivs är betänkandet från Domarlagsutredningen, *En reformerad domstolslagstiftning* (SOU 2011:42) aktuellt, och jag tar därför upp några av de slutsatser vartill den utredningen kommit. Aktuellt är även det arbete med domaretken som pågår och som även omfattar aspekter på oavhängigheten.⁷ Något som jag avslutningsvis lyfter fram är att domarnas känsla av oavhängighet är minst lika viktig som den oavhängighet som faktiskt föreligger enligt rättsreglerna. Det är en del av diskussionen som har varit försummad i Sverige.

Domstolarna inrättade genom lag

Domstolarna skall vara inrättade enligt lag. Det är den enda konkretiseringen av innebörden av domstolarnas oavhängighet som finns i EKMR art. 6, och tanken är att domstolsväsendet inte skall vara beroende av den styrande maktens diskretion utan regleras av en av riksdagen stiftad lag. Varje detalj i domstolsväsendets organisation måste inte regleras i lag, men de grundläggande organisations- och jurisdiktionsfrågorna måste regleras på sådant sätt. Föreskrifter i detaljfrågor kan efter delegation meddelas av regeringen, förutsatt att dessa föreskrifter kan utsättas för domstolarnas lagprövning.⁸

I flera av dokumenten uttalas att det är just oavhängigheten som skall skyddas i lag.⁹ I EStDR sägs att de grundläggande principerna skall komma till uttryck i nationella lagregler på högsta nivå och själva reglerna i föreskrifter som ges åtminstone i allmän lag.¹⁰ I FN-GDO sägs att oberoendet skall garanteras av staten och komma till uttryck i landets grundlag eller annan lag. Syftet med denna typ av regler är att extraordinära domstolar för särskilda mål eller för akuta krislägen skall undvikas.¹¹ Sådana förfaranden skulle kringskära det ordinarie domstolsväsendets oavhängighet.

To, *Judicial Independence. A Legal Research on Its Theoretical Aspects, Practices from Germany, the United States of America, France, Vietnam, and Recommendations for Vietnam*, Lund 2006, särskilt s. 89-119 och Olof Stållvik, *Domarrollen. Rättsregler, yrkeskultur och ideal*, Uppsala 2009, s. 152.

⁷ Se här till Johan Hirschfeldt, "Domaretkik – fyra grundsatser och många frågor" i *Svensk juristtidning* 2011 s. 517-526.

⁸ Harris, O'Boyle, Warbrick 2009 s. 297.

⁹ FN-GDO art. 1 och 5, R(2011)2 art. 7, EStDR art. 1.2, ADSt art. 1-2.

¹⁰ EStDR art. 1.2.

¹¹ Jfr FN-GDO art. 5.

För svenskt vidkommande anges numera i 11 kap. 1 § regeringsformen att Högsta domstolen, hovrätterna och tingsrätterna är allmänna domstolar, att Högsta förvaltningsdomstolen, kammarrätterna och förvaltningsrätterna är allmänna förvaltningsdomstolar och att rätten att få ett mål prövat av Högsta domstolen, Högsta förvaltningsdomstolen, hovrätt eller kammarrätt kan begränsas genom lag. Vidare anges att andra domstolar inrättas med stöd av lag. Det är enligt 2 kap. 11 § första stycket förbjudet att inrätta domstol för en redan begången gärning eller för en viss tvist eller i övrigt för ett visst mål. I förslaget till lag om domstolar och domare finns, när det gäller överrätterna, ytterligare preciseringar av vilka domstolar som finns och var de finns. Även specialdomstolarna presenteras samlat.¹²

Genom den nya regleringen i regeringsformen och i den föreslagna domstolslagen uppfylls de krav som ställs på att domstolarna som sådana skall vara inrättade och reglerade genom lag. Det enda som kan ifrågasättas är om det också krävs att varje enskild domstol måste inrättas genom lag, så att den territoriella jurisdiktionen inte kan ändras på annat sätt än med riksdagens samtycke. Idag regleras dessa frågor i Sverige i förordning, och avsikten är att denna ordning skall bibehållas.¹³ Möjligen talar dock goda skäl för att lagform borde krävas, eftersom regeringens möjligheter att slå samman eller lägga ned domstolar skulle kunna riskera att göra domstolarna otillgängliga för medborgarna.

Ett administrativt självstyrande domstolsväsende

I ADSt framhålls inte bara att domstolarna skall vara oberoende från övriga statsmakter utan också att domarna skall kunna fullgöra sin verksamhet oberoende av domstolsförvaltningen.¹⁴ Den administrativa ledningen av domstolarna – och därmed domstolsväsendet som helhet – skall enligt ADSt grundas på objektiva och relevanta kriterier och tillkomma ett oberoende organ med ett betydande och representativt deltagande av domare, om inte oberoendet säkerställts på annat sätt på grundval av fastlagd och beprövad sedvänja.¹⁵ Exempel på vad domstolsadministrationen skall bidra med är att det tillsätts tillräckligt många domare och att de har de hjälpmedel som behövs för att de skall kunna fullgöra sina uppgifter.¹⁶ För att tillgodose att de ekonomiska anslagen är tillräckliga framhålls i ADSt att domstolarna och domarna skall

¹² SOU 2011:42 s. 21-15 och 147-149.

¹³ SOU 2011:42 s. 209-210.

¹⁴ ADSt art. 2.

¹⁵ ADSt art. 1.1, även EStDR art. 1.8.

¹⁶ FN-GDO art. 7, EStDR art. 1.6, ADSt art. 1.4.

beredas tillfälle att delta i eller höras om beslut i frågor om anslagstilldelning.¹⁷ I R(2010)12 talas om *councils for the judiciary*, domarråd, som förväntas vara oavhängiga organ som garanterar domstolsväsendets oavhängighet genom att arbeta för att domstolsväsendet skall arbeta effektivt. Minst hälften av ledamöterna i domarråden skall vara valda av domarkåren inom sig.¹⁸

I den del som avser den administrativa ledningen av domstolarna finns som bekant ett problem i Sverige, där domstolarna administreras av Domstolsverket, som är en myndighet under regeringen. Problematiken uppmärksammades redan i samband med antagandet av 1974 års regeringsform, som ersatte artskillnaden mellan domstolar och förvaltningsmyndigheter med en gradskillnad.¹⁹ Sedan regeringsformen nu åter får anses göra en artskillnad mellan domstolar och förvaltningsmyndigheter²⁰ hade man kunnat förvänta en genomgripande förändring av den centrala domstolsadministrationen.²¹ En sådan är nödvändig för att såväl den nya regeringsformens intentioner som de internationella kraven på domstolarnas oavhängighet skall kunna anses uppfyllda.

Domstolens interna organisation och arbetsfördelning

I ADSt framhålls inte bara att domstolarna skall vara oberoende från övriga statsmakter utan också att en domare skall kunna fullgöra sin verksamhet fri från och oberoende av andra domare.²² Ingen får ge eller försöka ge en domare order eller anvisningar av något slag som kan påverka domarens beslut.²³ Detta gäller också i förhållande till chefsdomare. Den administrativa ledningen av domstolarna skall grundas på objektiva och relevanta kriterier så att domarnas oavhängighet inte äventyras. Ledningen av domstolen skall tillkomma oberoende organ vari skall ingå ett betydande och representativt deltagande av domare, om inte oberoendet säkerställts på annat sätt på grundval av fastlagd och beprövad sedvänja.²⁴ En hierarkisk organisation får inte underminera den enskilde domarens oavhängighet.²⁵

¹⁷ ADSt art. 14, även EStDR art. 1.8.

¹⁸ R(2010)12 art. 26-29.

¹⁹ Se utförligt Gustaf Petren, "Domstolarnas ställning enligt 1974 års regeringsform", SvJT 1975 s. 1-14 och densamme, "Domstolsverket och domstolsväsendet – en studie i regeringsteknik" i SvJT 1975 s. 651-656. Se vidare Ställvik 2009 s. 173-181.

²⁰ Se den nya indelningen i kap. 11 och 12, jfr prop. 2009/10:80 s. 119-120.

²¹ Tänkbara modeller för en förändring är inte svåra att finna, se t.ex. Per Eriksson,

"Domstolsverket (S) och Domstolsstyrelsen (DK) – Olika sätt att reglera domstolsadministration" i *Tidskrift för Sveriges Domareförbund* nr 1/2000, s. 23-28.

²² ADSt art. 2, även BPJC art. 1.4.

²³ ADSt art. 4.

²⁴ ADSt art. 11 st. 1-2.

²⁵ R(2010)12 art. 22.

Enligt FN-GDO är fördelningen av mål och ärenden mellan domarna inom en domstol en intern administrativ fråga,²⁶ vilket väl närmast syftar på att inget externt organ skall få blanda sig i frågan. Enligt R(2010)12 skall målen fördelas mellan domare enligt objektiva, i förväg bestämda kriterier, och ett mål får inte tas från en domare utan giltiga skäl som grundar sig på objektiva, i förväg bestämda kriterier och efter prövning i ett öppet förfarande av en myndighet inom domstolsväsendet.²⁷

Europadomstolen har i ett ganska nytt rättsfall diskuterat relationen mellan en domstolschefs dömmande och administrativa funktioner.²⁸ Domstolen uttalade att sammansättningen av domstolen i enskilda fall måste följa av lag och att en domstolschef som fråntar en annan domare ett mål för att själv avgöra det rör sig på mycket känslig mark; "the paramount importance of judicial independence and legal certainty for the rule of law call for particular clarity of the rules applied in any one case and for clear safeguards to ensure objectivity and transparency, and, above all, to avoid any appearance of arbitrariness in the assignment of particular cases to judges".²⁹ Fortsättningsvis:

"69. The Court further observes that the amendments to the District Court's work schedule concerned the reorganisation of work at the District Court in general terms – that is to say, on generically verifiable criteria and without identifying specific individual cases (---). By contrast, the reassignment of the applicant company's case on 30 June 1999 took the form of a "decree" and concerned that individual case exclusively (---).

70. On the basis of the information available, the Court cannot reliably verify whether the reassignment of the applicant company's individual case was on objective grounds and whether any administrative discretion in its reassignment was exercised within transparent parameters. (---).

71. The Court places further reliance on the fact that judge D., exercising his judicial mandate, ruled on the applicant company's case – which involved a claim to the equivalent of no less than EUR 2,900,000 – in private on the same day that, exercising his administrative mandate, he reassigned the case to himself.

As the decision of judge D. completed the proceedings and was not subject to appeal, the applicant company was deprived of the possibility to raise any objections. Although this does not constitute

²⁶ FN-GDO art. 14.

²⁷ R(2010) art. 9 och 24.

²⁸ DMD Group A.S. mot Slovakien, dom den 5 oktober 2010, mål 19334/03.

²⁹ DMD Group A.S. mot Slovakien § 66.

a separate Convention issue in the circumstances of the present case, the applicant company was thereby also prevented from potentially challenging judge D. for bias.

72. The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that the reassignment of the applicant company's case to judge D., who subsequently decided the case, was not compatible with the applicant company's right to have a hearing before a tribunal established by law.

There has accordingly been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.³⁰

En chefsdomare som omfördelar ett mål till sig själv och därefter genast avgör det kan alltså misstänkas för att ha försakat att parterna inte fått sitt mål prövat av en i laga ordning sammansatt domstol. JO har i anslutning till detta fall, i ett ärende som rörde målfördelningen vid en tingsrätt, anfört att det förhållandet att ansvaret för mål och ärenden fördelas slumpmässigt enligt ett i förväg angivet system är av stor betydelse för att undvika att ens misstanke uppkommer om att obehöriga hänsyn tas vid fördelningen av nya mål. JO uttalade vidare:

”Jag anser för min del, även om man kan hysa vissa principiella betänkligheter inför den omfördelning av ansvar som kan förekomma inför förhandlingar och sammanträden, att det system som tillämpas vid tingsrätten bör kunna godtas. Jag fäster vid den bedömningen avgörande vikt vid att den inledande fördelningen av mål och ärenden på enheter med grupper av domare sker helt slumpvis, att en eventuell omfördelning normalt sker inom den grupp av domare på vilka målet initialt lottats samt att fördelningen av ordförandeskap sker öppet vid ett gemensamt möte och uteslutande på grundval av sådana arbetsrelaterade hänsyn som t.ex. intresset av en jämn arbetsbelastning.”³¹

Domarlagsutredningen har föreslagit att en grundläggande regel om målfördelningen bör finnas i lag. Den föreslås innebära att varje domstol bestämmer själv hur målen skall fördelas, att fördelningen inte får vara ägnad att påverka målens eller ärendenas utgång och att det skall finnas i förväg fastställda objektiva kriterier för målfördelningen.³² Detta är en god början. Mera problematiskt i sammanhanget är vad som menas med ”domstol”. Enligt

³⁰ DMD Group A.S. mot Slovakien §§ 69-72.

³¹ JO-beslut 2010-12-14, dnr 700-2010, www.jo.se.

³² SOU 2011:42 s. 41 och 229-246.

betänkandet från Domarlagsutredningen anses fördelning av mål vara en del av domstolens administrativa verksamhet samtidigt som det görs ett försök att dra en skarp gräns mellan dömande verksamhet, där domaren är oavhängig, och administrativ verksamhet, där domaren lyder under domstolschefen.³³

Just frågan om fördelningen av mål visar att den skarpa gränsen mellan dömande och administration torde vara omöjlig att dra. Om ett mål lottats på en enhet bestående av flera domare synes det enda – i förhållande till JO:s välgrundade sätt att se på de internationella principerna – oproblematiske sättet att fördela målet vidare på en enskild domare vara att de berörda domarna tillsammans gör fördelningen, till exempel genom att samlas och fördela utsatta förhandlingar mellan sig.

Den rent kollegiala modellen, där samtliga domare i plenum har sista ordet vad gäller domstolens administrativa frågor, är minst problematisk när det gäller den enskilde domarens förhållande till administrationen av den egna domstolen. Om alla domare är med och administrerar, eller åtminstone är med och utser de administrerande domarna, uppkommer inte lika lätt frågor om förhållandet mellan en domare och en administrerande chefsdomare. Å andra sidan kan av praktiska skäl inte varje administrativ fråga avgöras på det sättet.³⁴ Det vore därför önskvärt med en lagreglering med en specificering av vilka frågor som skall beslutas kollegialt respektive av domstolschefen.

Domstolarnas rätt att själva avgöra sin jurisdiktion och tolka lagen

Enligt Europadomstolens praxis innefattas i art. 6 EKMR ett krav på att det verkligen finns behöriga domstolar för alla typer av mål som omfattas av artikelns rättssäkerhetsgarantier; vidare skall domstolarna kunna fullständigt pröva de rättsfrågor som omfattas av EKMR:s skydd.³⁵ Det är tillåtet att beslut i sådana frågor som omfattas av art. 6 EKMR fattas av en administrativ myndighet som första instans om det finns en rätt till omprövning av en oberoende domstol,³⁶ antingen efter överklagande till en sådan domstol eller genom att den enskilde har möjlighet att stämna staten och på så sätt få frågan

³³ SOU 2011:42 s. 240 resp. 107-109 och 287-298.

³⁴ Se SOU 2000:99 Del A s. 151-308, jfr vad som sägs i sammanfattningen på s. 14 om en avvägning mellan ”domstolschefens roll som chef och utvecklingsledare” och domstolschefen ”som ”den främste bland likar”, *primus inter pares*”; ”Ur ett medborgarperspektiv kan båda synsätten försvaras, det ena på ett praktiskt plan, det andra har mer principiell bäring. Kommittén anser sig inte kunna lösa sin uppgift genom att välja endast det ena av de två synsätten, utan menar att båda måste beaktas.”

³⁵ *Goldor v. The United Kingdom*, HUDOC, 21.2.1975, §§ 35-36.

³⁶ T.ex. *Lautko v. Slovakia*, HUDOC, 2.9.1998, § 64.

prövad i domstol.³⁷ Det är inte nödvändigt att domstolen har möjlighet att ompröva alla frågor i sak, men den måste i vart fall kunna undanröja ett beslut som har fattats under inflytande av ovidkommande hänsyn och återförvisa målet till myndigheten.³⁸ Det är särskilt viktigt om det finns parallella domstolsorganisationer att ingen typ av rättsliga frågor står utanför domstolarnas område. Det är således fråga om ett förbud mot *déni de justice*. Att domstolarna skall ha jurisdiktion i alla rättsliga frågor och själva kunna avgöra sin behörighet framgår också av några av de internationella dokumenten.³⁹

Denna frågeställning har varit problematisk i Sverige, där det funnits fall där allmän domstol ansett rätt till domstolsprövning föreligga men i allmän förvaltningsdomstol, varefter denna ansett rätt till domstolsprövning inte föreligga.⁴⁰ En liknande problematik finns på myntets andra sida, nämligen när båda domstolsorganisationerna är behöriga att pröva en fråga men där resultatet kan bli motstridiga prejudikat.⁴¹ Det kan nog inte sägas att risken för att denna typ av situationer skall kunna uppstå har upphört.

Det har också nämnts att domstolen inte får be en av de andra statsmakterna om vägledning för hur ett mål skall avgöras genom att t.ex. fråga utrikesministern hur en traktat är tänkt att tolkas.⁴² Domstolarna har alltså inte bara rätt utan också skyldighet att tillämpa lagarna självständigt.

Det följer av Europadomstolens praxis att nationella domstolar inte enligt EKMR måste ha rätt att pröva lagar mot högre nationell rätt, men om de inte kan pröva nationell rätt i förhållande till EKMR kan detta innefatta fördragsbrott.⁴³

Utnämning till och anställning som domare

Grundläggande aspekter av domarnas anställningsförhållanden bör regleras i lag, såsom längden av domares förordnande, anställningstrygghet, ersättning, tjänstgöringsförhållanden, pensionsförmåner och avgångsålder.⁴⁴ Ur ett medborgarperspektiv kan också ställas berättigade krav på att den som

sitter som domare i ett mål härleder sin behörighet från lag. Domarutredningen har på ett förtjänstfullt sätt behandlat denna fråga och lagt fram ett utförligt och välavvägt förslag till lagstiftning.⁴⁵

De som utnämns till domare skall enligt FN-GDO vara kända för integritet och skicklighet och ha lämplig utbildning eller lämpliga kvalifikationer i juridik. Urvalet skall ske på ett sådant sätt att frånvaro av tillsättning på ovidkommande grunder garanteras. Ingen diskriminering av sökande får ske, men krav på medborgarskap får uppställas.⁴⁶ Enligt ADSt får utnämningar endast grundas på objektiva och klara kriterier grundade på yrkesmeriter.⁴⁷ ESHDR tillägger dessutom att urvalet av kandidater skall grundas på deras förmåga att fritt och opartiskt bedöma de rättsfrågor som föreläggs dem och att tillämpa lagen med respekt för enskilda personers värdighet.⁴⁸

Enligt FN-GDO skall befordran grundas på objektiva faktorer, såsom skicklighet, självständighet och erfarenhet.⁴⁹ I ESHDR och R(2010)12 vidareutvecklas frågan: befordringssystemet skall, om det inte grundas på anciennitet, grundas på skicklighet och meriter enligt en objektiv bedömning gjord av en eller flera andra domare i samråd med domaren i fråga.⁵⁰ Mot den bakgrunden måste Domstolslagutredningens slutsats att s.k. enhetschefer fortfarande skall kunna utses av domstolschefen⁵¹ anses problematisk.

I R(2010)12 nämns att den myndighet som är behörig att fatta beslut om urval av domare och deras karriär bör vara oberoende av regering och förvaltning, till exempel genom att dess medlemmar väljs av domstolsväsendet, även om den formella utnämningen sker t.ex. av regeringen. Utnämningssystemet skall vara transparent.⁵²

Beträffande anställning av ordinarie domare har Domarnämnden tillkommit.⁵³ Den är oavhängig och torde uppfylla de kriterier som följer av de internationella principerna. Vad som möjligen är problematiskt är anställningen av icke ordinarie domare. Eftersom de anställs av överrätt uppfyller visserligen själva förslaget alla krav på oavhängighet från övriga statsmakter. Det är däremot inte självklart i förhållande till de internationella dokumenten att

⁴⁵ SOU 2011:42 s. 26-31 och 183-185.

⁴⁶ FN-GDO art. 10, R(2010)12 art. 45.

⁴⁷ ADSt art. 9.

⁴⁸ ESHDR art. 2.1.

⁴⁹ FN-GDO art. 13.

⁵⁰ ESHDR art. 4.1, R(2010)12 art. 44 och 46.

⁵¹ SOU 2011:42 s. 287-298.

⁵² R(2010)12 art. 46-48, jfr ADSt art. 9.

⁵³ Se lagen (2010:1390) om utnämning av ordinarie domare.

³⁷ *Bentham v. The Netherlands*, HUDOC, 23.10.1985, § 43, *Oerlemans v. The Netherlands*, HUDOC, 27.11.1991, § 53-57, *British-American Tobacco Company Ltd. v. The Netherlands*, HUDOC, 20.11.1995, § 79-87, *Van de Hark v. The Netherlands*, HUDOC, 19.4.1994, § 54-55.

³⁸ *Bryan v. The United Kingdom*, HUDOC, 22.11.1995, § 44-47.

³⁹ FN-GDO art. 3, R(2010)12 art. 3 och 10.

⁴⁰ Se härtill NJA 1994 s. 657 och RÅ 1995 ref. 58.

⁴¹ Detta var nära att aktualiseras i den nu aktuella skattetilläggsfrågan, jfr RÅ 2009 ref. 94 och NJA 2010 s. 168 I-II.

⁴² *Beaumont v. France*, HUDOC, 22.11.1994, § 36-38.

⁴³ *James et al. v. The United Kingdom*, HUDOC, 21.2.1986, § 81.

⁴⁴ FN-GDO art. 11, R(2010)12 art. 49-50, ADSt art. 8.

förfarandet är tillräckligt transparent och att anställningsbesluten grundas på tillräckligt beslutsunderlag.

Domarnas lönesättning och oavsättlighet

Domarna skall vara berättigade till så stor ersättning att de är skyddade mot påtryckningar som är ägnade att påverka deras beslut och i vidare mening påverka deras yrkesmässiga utövande som domare. Ersättningen kan variera beroende på tid i tjänsten samt arten och betydelsen av tilldelade uppgifter. Dessa omständigheter skall bedömas på ett klart och tydligt sätt. Ersättningen får inte bero på resultatet av domarens arbete och den får inte sänkas.⁵⁴

Även här är föreskrifternas form av intresse: Enligt R(2010)12 skall de grundläggande reglerna för lönesättningen finnas i lag.⁵⁵ Vad som har sagts ovan om det omöjliga i att dra en skarp gräns mellan domande och administration gör sig gällande också här. Blotta möjligheten till misstanke att en domare genom lönesättningen blir påverkad att fatta beslut på ett visst sätt leder till slutsatsen att kriterierna för lönesättningen bör vara öppna och enkelt iakttagbara.

Domare skall vara oavsättliga till dess de når ordinarie avgångsalder eller, om förordnandet är tidsbegränsat, till utgången av tiden för deras förordnande. Vidare får domare avstängas eller entledigas endast på grund av bristande rättsbehandlingsförmåga eller sådant uppförande som gör dem olämpliga att fullgöra domaruppgifter.⁵⁶ I EStDR utvecklas principen om domarnas oavsättlighet till att omfatta att en domare inte får förflyttas, ens som befordran, till annan domartjänst eller annan ort, utan att domaren har lämnat sitt fria samtycke. Dock gäller undantag om förflyttningen är en disciplinär påföljd eller en följd av en lagenlig reform av domstolsväsendet. Undantag gäller också vid tillfälliga förordnanden att biträda angränsande domstol.⁵⁷ Enligt samma stadga skall också ett förstärkt skydd råda under prövotid, till exempel mellan utnämningen till domare och den slutliga bekräftelsen av utnämningen eller om förordnandet är tidsbegränsat med möjlighet till förlängning.⁵⁸ Det kan ifrågasättas om instansordningen vid tvist om uppsägning eller avskedande av en domare – Statens ansvarsnämnd, tingsrätt, Arbetsdomstolen – är rimlig, inte minst mot bakgrund av advokaternas privilegium att få mål om tillhörighet till advokatsamfundet prövade i Högsta domstolen som första instans.

⁵⁴ EStDR art. 6.1-2, ADSt art. 13 st. 1, R(2010)12 art. 54-55.

⁵⁵ FN-GDO art. 53.

⁵⁶ FN-GDO art. 12 och 18, ADSt art. 8, EStDR art. 7.1-2, R(2010)12 art. 49-50.

⁵⁷ EStDR art. 3.4, R(2010)12 art. 52.

⁵⁸ EStDR art. 3.3, R(2010)12 art. 51.

En tjänsteman med dömande funktioner, vars förordnande när som helst och under handläggningen av ett visst mål kan återkallas av annan tjänsteman, kan inte anses vara oavhängig.⁵⁹ Denna aspekt avser den klassiska skillnaden mellan en domstol och en myndighet: Domaren har ett generellt förordnande att döma i de mål som har hamnat inom hennes eller hans jurisdiktion, medan en myndighetstjänstemans delegation kan återkallas av en överordnad, som också kan överta den underordnades ärenden.

Domarnas rätt till utbildning

En faktor som också framhålls såsom betydelsefull för oavhängigheten är domarnas utbildning; såväl utbildningen före utnämningen som vidareutbildningen.⁶⁰ I EStDR och R(2010)12 framhålls att domarkandidaterna skall utbildas för rättskipningsuppgifter genom en av staten bekostad utbildning. Enligt EStDR skall utbildningen organiseras av ett domarråd (*judicial council*) och vara ändamålsenlig och opartiskhet. Utbildningen skall uppfyller kraven vidsynthet, skicklighet och opartiskhet. Utbildningen skall vara regelbunden och syfta till att domarna vidmakthåller och vidgar sina kunskaper i tekniskt, socialt och kulturellt hänseende.⁶¹ I R(2010)12 talas om en oberoende myndighet med utbildningsmässig autonomi.⁶² I BPJC lyfts särskilt domarens skyldighet att hålla sig informerad om relevant internationell rättsutveckling fram, inklusive konventioner och andra instrument som upprättat regler inom ramen för de mänskliga rättigheterna.⁶³ Vad som är problematiskt i Sverige är förstås att utbildningen till stor del bedrivs i Domstolsverkets regi och därmed inte är autonom på det sätt som krävs i de internationella dokumenten.

Domarna skall ha samma yrtrandefrihet, åsiktsfrihet och föreningsfrihet som övriga medborgare, förutsatt att de inte åvenyttrar ämbetets värdighet och domstolarnas opartiskhet och oberoende. Föreningsfriheten innefattar rätt för domarna att bilda och ansluta sig till yrkessammanslutningar och därigenom försvara sina intressen, främja sin yrkesutbildning och skydda sitt rättsliga oberoende.⁶⁴

⁵⁹ Harris, O'Boyle och Warbrick 2009 s. 286-288.

⁶⁰ FN-GDO art. 10.

⁶¹ EStDR art. 2.3, 4.4, R(2010)12 art. 56.

⁶² R(2010)12 art. 57.

⁶³ BPJC art. 6.4, även R(94)12 art. V3g.

⁶⁴ FN-GDO art. 8-9, även BPJC art. 4.13, R(2010)12 art. 21 och 25, EStDR art. 1.7, ADSt art. 12.

Kontroll och disciplinansvar

Klagomål mot en domare för åtgärd eller underlåtenhet i tjänsten skall enligt FN-GDO behandlas skyndsamt och enligt i förväg fastställt förfarande. Domaren skall ha rätt till muntlig förhandling och till att ärendet behandlas konfidentiellt.⁶⁵ I EStDR framhålls att disciplinpåföljd endast får beslutas av, eller efter förslag från eller tillstyrkan av, en domstol eller ett organ vars ledamöter till minst hälften är valda av domare.⁶⁶ Det har ovan i samband med frågan om oavsättningsdiskuterats om den svenska instansordningen när det gäller domares arbetsrättsliga situation är välavvägd, och det som sagts där gäller även i detta sammanhang.

Det skall vidare enligt EStDR finnas ett oberoende organ hos vilket var och en utan formaliteter skall kunna påtala brister i rättsskyddet i ett enskilt fall. Detta organ skall ha behörighet att klaga hos disciplinmyndigheten.⁶⁷ I vart fall JO uppfyller den funktionen här. En domare som anser att hans eller hennes oberoende eller rättigheter kränkts skall enligt EStDR ha rätt att klaga hos ett domarråd, som skall ha effektiva medel för att avhjälpa missförhållandena eller ge förslag till det.⁶⁸ Ett liknande uttalande finns i R(2010)12.⁶⁹ Detta krav är inte uppfyllt i Sverige. Även om en domare kan klaga hos JO eller JK över en domstolschefs beslut, vilket faktiskt framhålls i Domarlagsutredningens betänkande,⁷⁰ uppfyller det inte det nyss nämnda kravet och framstår dessutom som en mycket långtgående åtgärd.

Enligt FN-GDO får "ingen otillbörlig eller ooberättigad inblandning"⁷¹ i rättskipningen förekomma, och domstolsavgöranden får inte omprövas annat än av den dömande makten efter överklagande.⁷² Sett utifrån den enskilde parten som anser sig felaktigt behandlad är disciplinförfarandet mot domaren en sida av saken, men minst lika viktigt måste antas vara att han eller hon efter överklagande kan få rätt i högre instans. Handläggningen där kan då innefatta bedömningen av om rättegångsfel förekommit i den lägre instansen och därmed finns den lägre domarens åtgärder och underlåtenheter med i bedömningen.

Domare skall enligt FN-GDO åtnjuta personlig immunitet mot talan om skadestånd för åtgärd eller underlåtenhet vid utförandet av domaruppgifterna, även om EStDR tillåter visst skadeståndsansvar i fall av grova ursäktliga fel. I

⁶⁵ FN-GDO art. 17.

⁶⁶ EStDR art. 5.1, R(2010)12 art. 69.

⁶⁷ EStDR art. 5.3.

⁶⁸ EStDR art. 1.4.

⁶⁹ R(2010)12 art. 8.

⁷⁰ SOU 2011:42 s. 289-290.

⁷¹ FN-GDO art. 4.

⁷² FN-GDO art. 4.

ADSt framhålls också att åtal mot domare endast får ske under förhållanden som inte äventyrar domarens oavhängighet.⁷³ Dessa krav är inte uppfyllda i Sverige.

Domarens känsla av oavhängighet

Begreppen rätt och känsla brukar inte behandlas tillsammans i svensk juridik. Man kan emellertid ta en utgångspunkt i vad Europadomstolen har uttalat om att rättvisa inte bara skall skipas, det skall också synas att rättvisa skipas. Maximen *Justice must not only be done; it must also be seen to be done*⁷⁴ är hämtad från engelsk rätt och har sedan vidareutvecklats där i belysning av Europadomstolens praxis.⁷⁵ Domstolen har med liknande innebörd uttalat att det avgörande är vad allmänheten förnuftsmissigt har rätt att tro,⁷⁶ frågat sig om rimligt tvivel om domstolens oberoende och opartiskhet förekommit,⁷⁷ uttalat att domstolen skall se oberoende ut,⁷⁸ och slutligen sagt att ett visst faktum i sig självt kan sätta oberoendet i tvivel, oavsett om det finns konkreta hållpunkter för att någon påverkan på domarna skett.⁷⁹

Det är inte ovanligt att Europadomstolen finner att EKMR:s krav inte uppfyllts just med hänvisning till att en domstol inte syntes vara oberoende, när det i själva verket kunde ligga närmre till hands att ifrågasätta om den verkligen var oberoende.⁸⁰ Den bedömning som torde ligga till grund för detta

⁷³ FN-GDO art. 16, EStDR art. 5.2, ADSt art. 10, se även R(2010)12 art. 70.

⁷⁴ *Delcourt v. Belgium*, HUDOC, 17.1.1970, § 31: "If one refers to the dictum 'justice must not only be done; it must also be seen to be done' these considerations may allow doubts to arise about the satisfactory nature of the system in dispute. They do not, however, amount to proof of a violation of the right to a fair hearing. Looking behind appearances, the Court does not find the realities of the situation to be in any way in conflict with this right. – *De Cubber v. Belgium*, HUDOC, 26.10.1984, § 26, *Mežnarić v. Croatia*, HUDOC, 15.7.2005, § 32.

⁷⁵ *Director General Of Fair Trading v. Proprietary Association Of Great Britain & Ors* [2000] EWCA Civ 350, www.bailii.org.

⁷⁶ *Campbell and Fell v. The United Kingdom*, HUDOC, 28.6.1984, § 81.: "reasonably entitled to think".

⁷⁷ *Piersack v. Belgium*, HUDOC, 1.10.1982, § 30: "A distinction can be drawn in this context between a subjective approach, that is endeavouring to ascertain the personal conviction of a given judge in a given case, and an objective approach, that is determining whether he offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect".

⁷⁸ *Coëme et al. v. Belgium*, HUDOC, 22.6.2000, § 120.: "present[–] an appearance of independence".

⁷⁹ *Procola v. Luxembourg*, HUDOC, 28.9.1995, § 45: "the mere fact that certain persons successively performed these two types of function in respect of the same decisions is capable of casting doubt on the institution's structural impartiality.", *Piersack v. Belgium*, HUDOC, 1.10.1982, § 30 (a): "even appearances may be of a certain importance". Uttrycket "appearance" har använts även i de nyss nämnda fallen *Delcourt*, *De Cubber* och *Mežnarić*.

⁸⁰ Se *Sramek v. Austria*, HUDOC, 22.10.1984, § 42 (ledamöten hade kopplingar till regeringen) och *Belilos v. Switzerland*, HUDOC, 29.4.1988, § 67 (ledamöten var polisman).

är att domstolen inte har underlag för ett uttalande att det bristande oberoendet verkligen lett till att målet fått en annan utgång än det borde ha fått. Detta föranleds av att det råder en presumtion för att domaren varit opartisk och att verklig partiskhet därför måste bevisas i det enskilda fallet.⁸¹ För att förfarandet skall strida mot art. 6 EKMR räcker det emellertid med det mera lättbevisade förhållandet att brister i förfarandets synliga delar föranlett en objektivt berättigad oro för att domstolen varit partisk.⁸²

Domstolens praxis har sammanfattats som att det, när det gäller såväl oavhängighet som opartiskhet, finns ett subjektivt test, som avser frågan om domaren verkligen brustit i oavhängighet och opartiskhet, och ett objektivt test, som avser frågan om de yttre omständigheterna gett anledning till rimligt tvivel ("legitimate doubt") på domarens oavhängighet och opartiskhet. Det räcker att det funnits rimlig anledning att betvivla domarens oavhängighet och opartiskhet för att en kränkning av art. 6 skall anses ha förekommit.⁸³

Denna aspekt återkommer sporadiskt i de internationella dokumenten. I BPJC anges att domaren skall upprätthålla och exemplifiera judiciellt oberoende i både dess individuella och institutionella aspekter.⁸⁴ Domaren skall vara fri från olämpliga kopplingar till och inflytande från de styrande och legislativa makterna men måste också för en förnuftig iakttagare framstå som fristående gentemot dessa makter.⁸⁵ BPJC framhåller integritetsbegreppet och anger att en domares uppträdande skall vara oklanderligt i en förnuftig iakttagares ögon. Domarens uppträdande skall stärka allmänhetens förtroende för domstolarnas integritet. Motivet att rättvisa inte bara skall skipas utan också skall synas skipas är intaget i BPJC.⁸⁶

När det gäller uppträdandet i rättsalen säger BPJC att domaren skall upprätthålla ordning och dekorum och vara tålmodig, värdig och hövlig mot parter och övriga närvarande.⁸⁷ Enligt ADSt skall domaren fullgöra sina åligganden med måtta och med beaktande av alla berörda personers

⁸¹ *Le Comptie, van Leuven et de Meyere v. Belgium*, HUDOC, 23.6.1981, § 58, *Piersack v. Belgium*, HUDOC, 1.10.1982, § 30, *Mežnarić v. Croatia*, HUDOC, 15.7.2005, § 30.

⁸² *Mežnarić v. Croatia*, HUDOC, 15.7.2005, § 31.

⁸³ Harris, O'Boyle, Warbrick 2009 s. 284.

⁸⁴ BPJC art. 1: "uphold and exemplify judicial independence in both its individual and institutional aspects".

⁸⁵ BPJC art. 1.3: "must also appear to a reasonable observer to be free therefrom", se även art. 1.5-6, ESDR art. 4.2-3, ADSt art. 7.

⁸⁶ BPJC art. 3: "Justice must not merely be done but must also be seen to be done." Se även art. 4.6 - I ADSt anges på temat opartiskhet att domaren vid fullgörandet av sina åligganden skall vara opartisk och likaså synas vara opartisk (art. 5).

⁸⁷ BPJC art. 6.6.

värdighet.⁸⁸ Domaren bör också ha tillräckliga maktmedel för att upprätthålla sin auktoritet och domstolens värdighet.⁸⁹

Parterna kan knappast bibringas en känsla av att förfarandet är riktigt och att domaren är oavhängig utan att domaren känner samma sak. En viktig beståndsdel i domarens oavhängighet är därför hans eller hennes inre övertygelse om att oavhängigheten också skall tillämpas i praktiken och användas när så erfordras.⁹⁰ Alexander Hamilton, en av de amerikanska grundlagsfäderna, uttalade år 1788 att oavsättligheten inte direkt utan indirekt gjorde domaren oavhängig. Oavsättligheten skulle bidra till ett oavhängigt sinne.⁹¹

"If, then, the courts of justice are to be considered as the bulwarks of a limited Constitution against legislative encroachments, this consideration will afford a strong argument for the permanent tenure of judicial offices, since nothing will contribute so much as this to that independent spirit in the judges which must be essential to the faithful performance of so arduous a duty."⁹¹

Den danske domaren Carl Ussing uttalade år 1899 att domarnas yttre ställning skulle ge uttryck för deras oavhängighet och opartiskhet, vilket skulle ge dubbla effekter:

"Mængden vil have ydre Tegn, den vil se Uafhængigheden, førend de tror på den, og Mængden har Ret, thi den ydre Uafhængighed virker ikke blot udad, suggestivt på Mængden, men også indad, suggestivt på Dommeren."⁹²

Denna typ av resonemang har i Danmark uttryckligen lagts till grund för inrättandet av Domstolsstyrelsen, som är ett administrativt serviceorgan som står under domstolarna.⁹³ Som ett detaljexempel på att frågeställningen är aktuell här kan nämnas att Förtroendeutredningen tog upp frågan att domstolarna, för att markera sin oavhängighet och opartiskhet, borde ha egna byggnader och varken samlokaliseras med andra myndigheter eller andra

⁸⁸ ADSt art. 5.

⁸⁹ R(2010)12 art. 6.

⁹⁰ Se för en analys av domarnas hitillsvarande självbild Ställvik 2009 särskilt s. 219-221.

⁹¹ Alexander Hamilton, John Jay, James Madison, *The Federalist Papers, Federalist no. 78* (Alexander Hamilton), se www.netlibrary.com.

⁹² Carl Ussing, "Domstolene og den offentlige Mening" i *Tilskueren. Maanedsskrift for Litteratur, Samfundsspørgsmaal og almenfænelige videnskabelige Skildringer* 1899 s. 326.

⁹³ Jens Peter Christensen, *Domstolene - den tredje statsmagt*, Århus 2003, s. 69-89.

domstolsinstanser.⁹⁴ Detta är en viktig del, men frågan är större än så. Vad som är av särskilt intresse är hur domstolsväsendet som helhet kan framstå som mera självständigt i förhållande till de andra statsmakterna, hur de olika domstolarna kan framstå som mera oavhängiga i förhållande till varandra och hur den enskilde domaren kan framstå som mera oavhängig i förhållande andra domare. Förändringar i den nu angivna riktningen kommer att leda till att den enskilde domaren känner sig mera oavhängig, vilket i sin tur kommer synas hos domstolen och domstolsväsendet som helhet.

Fortfarande ett genomgripande reformbehov

De senaste grundlagsändringarna är ett viktigt första steg i arbetet för att få domstolsväsendet att vara mera oavhängigt och att få domarna att känna sig mera oavhängiga. Grundlagsändringarna måste emellertid också få genomslag i regelverket i övrigt. Gustaf Petréén hänförde sig år 1975 till ett förarbetsuttalande om att det ankom på domstolarna att i fall av konflikt med Domstolsverket i skydd av grundlagen värna om sin rätt.⁹⁵ Han kommenterade detta på följande sätt:

”För en sådan ståndpunkt finns det mager täckning. Inte har domstolarna mycken ’rätt’ och inte ger grundlagen dem mycket ’skydd’.”⁹⁶

Vad som har hänt sedan dess är att den gemensamma europeiska rätten ger domstolarna lite mera rätt och att den nya grundlagen ger dem lite mera skydd. Men är det som krävs för att domstolarnas nya rättsställning skall få genomslag och synas utåt är att domstolarna själva, och inte regeringen, blir chefsmyndigheter över sin administrativa myndighet.

Det är också av betydelse att de olika domstolsinstanserna markerar att den enskilde får en oberoende överprövning av underinstansernas domar och beslut. Domstolsverkets strävanden på senare tid efter en ökad likriktning mellan domstolarna bland annat när det gäller fasadskyltar och domars och skrivelsegrafiska utformning har väckt en diskussion om det problematiska i att man därigenom kommunicerar helheten på delarnas bekostnad. Oavhängigheten instanserna emellan syns inte om de ser ut som om de är avdelningar i samma myndighet.

De enskilda domarnas känsla av oavhängighet har försvagats mer och mer under de senaste årtiondena i takt med den minskade kollegialiteten i

⁹⁴ SOU 2008:106 s. 76.

⁹⁵ DsJu 1974:5 s. 37.

⁹⁶ Petréén 1975:1 s. 14.

interna administrativa frågor, men kollegialiteten skulle kunna stärkas igen. Den individuella lönesättningen av domare, fördelningen av mål mellan domare och domstolschefernas ökade enrådighet riskerar – oavsett hur noga domstolschefen håller sig borta från att den enskilde domarens dömmande – att minska den enskilde domarens känsla av oavhängighet. Och då är det svårt för domaren att utåt kommunicera oavhängighet.

En starkt känsla av oavhängighet hos den enskilde domaren behöver inte förutsätta att varje domare lägger sig till med allehanda egenheter i sättet att hantera mål.⁹⁷ Däremot förutsätts att besluten om t.ex. rutiner och arbetssätt vid en domstol fattas kollegialt. En sådan kollegialitet bör också finnas uppåt i domstolsväsendets organisation. Om ett domarråd, valt av domare och med domare i majoritet,⁹⁸ skulle bli verklighet här, skulle sedan en lång rad frågor om central domstolsadministration, domarutbildning och disciplinansvar kunna få sin rättsliga lösning på ett sätt som skulle ge domarna, och därmed domstolsväsendet som helhet, en ökad känsla av oavhängighet – nämligen den ökade känsla av oavhängighet som de senaste grundlagsändringarna har gett en grund för.

⁹⁷ Detta är inte heller syftet med oavhängigheten, jfr R(2010)12 art. 11.

⁹⁸ Jfr R(2010)12 art. 26-29.