

GÖR OM, GÖR RÄTT!

Om judikalisering och migrationsdomstolens tillkomst

Abstract

This thesis examines the reasons behind the Swedish migration policy reform which led to a replacement of the Aliens Appeal Board by the Migration Court. This introduced a two-party procedure, oral hearings and enhanced transparency. It was designed to guarantee the rule of law and to thwart political arbitrariness.

The transfer of power from representative institutions to judiciaries is referred to as judicialization, and the Migration Courts may be considered a typical example of this phenomenon. However, this can be questioned. The straggling nature of the term implies everything and anything unless cautiously defined. This essay portrays the most dominant underlying ideas, categorizes them accordingly to agency/structure theory and then applies them to the reform process. It is evident that the explicit reasons behind engendering the Migration Courts are supported by less prominent incentives. Thus not only legal security and efficiency provoked the reform. Politicians wanted to delegate “hot potatoes” to the judiciaries. Forceful efforts to harmonize law within the EU have had a great impact, supported by the common assumption that legal rights, rather than political resolution, protect the privileges of citizens. The closure of the Aliens Appeal Board could also be considered as symbolic change in order to legitimize executed politics.

Nyckelord: Judikalisering, Utlänningsnämnden, Migrationsdomstolen, Juristmakt, Aktör-Strukturteori

Innehållsförteckning

1	Inledning	2
1.1	Syfte och frågeställning	3
1.2	Metod och material	4
2	Teori	5
2.1	Aktör/struktur	5
2.2	Symbolperspektiv	6
3	Judikalisering	8
3.1	Aktörsorienterade förändringsperspektiv	9
3.1.1	Jurister tar	9
3.1.2	Politiker ger	11
3.1.3	Intressegrupper påverkar	13
3.2	Strukturorienterade förändringsperspektiv	14
3.2.1	Fragmenterad politisk makt	14
3.2.2	Juridiska rättigheter som skydd mot maktmissbruk	15
3.2.3	Offentlig sektor	16
3.2.4	Europeiseringen	17
3.2.5	Rättshistorisk pendel	18
4	Migrationsdomstolen	19
4.1	Ärendets gång	19
4.1.1	Frågan väcks	19
4.1.2	Utlänningsnämnden granskas	21
4.1.3	Migrationsdomstol bättre än specialdomstol	22
4.1.4	Regeringens proposition	22
4.1.5	Riksdagens respons	22
4.2	Är migrationsdomstolen ett fall av judikalisering...	24
4.2.1	... utifrån aktörsorienterade förändringsperspektiv?	24
4.2.2	... utifrån strukturorienterade förändringsperspektiv?	25
4.3	Migrationsdomstolen som symbol	27
5	Sammanfattning	29
6	Referenser	31

1 Inledning

Vem bär egentligen ansvaret för alla apatiska flyktigbarn, utvisningar av tortyrhotade flyktingar eller för migrationsverkets tjänstemän som skålar i champagne när ”besvärliga” utlänningar avvisas? Flyktingpolitik är ett ämne som ofta väcker heta känslor och stor debatt. Skarp kritik har de senaste 10 åren riktats mot ansvariga politiker som har anklagats för en orättvis och godtycklig politik.

Kritikerna har påtalat att Migrationsverkets¹ dubbla roller, både som utredande instans och som prövande instans, inte är förenligt med rättsäkerheten. Politikerna höll med, men duckade illa kvickt, och förpassade allt ansvar över på myndighetsnivå. Migrationsverket kom istället att utpekats till syndabock och blev sålunda intimt förknippad med inhuman flyktingpolitik.

En förändring var nödvändig. Rättsäkerhet och effektivitet blev ledorden. Reformen av flyktingpolitiken kom att bli mycket omfattande och svaret på alla problem tycktes stå att finna i juridikens värld. Med rätten på sin sida skulle resurssvaga invandrare åtnjuta ett bättre skydd mot politiskt godtycke. Utlänningsnämnden vid Migrationsverket lades ned, och Migrationsverkets roll i utlänningsärenden förändrades väsentligt. Myndigheten har numera endast en utredande funktion, och vid eventuella avvisningar ska ärendet istället prövas i den nyinstittade migrationsdomstolen. Alla ska få sin sak prövad i ett tvåpartsförfarande, med ökad insyn och större öppenhet.

Reformen ledde till ytterligare en förändring, om än av mer principiell karaktär. Regeringen framtogs all prövningsrätt (förutom i säkerhetsärenden, *läs terrorism*) och därmed är den politiska styrningen strikt begränsad till den lagstiftande funktionen.

Makt förflyttades alltså från regering och myndighet till domstol. Denna förändring, i mer generella termer, beskrivs ibland som judikalisering. Judikalisering är inte alltid, innehållsmässigt, ett precist begrepp. Exakt vad som läggs i ordets innebörd varierar. Trots detta används termen ofta i den politiska debatten. Lite allmänt hållet kan dock begreppet sägas stå för den förändring som har inneburit en allt mer framskjuten roll för juridiken i samhället.

I Sverige är det vanligen i debatten kring EG-rättens tilltagande betydelse och dess överhöghet mot nationell rätt som judikaliseringen har påtalats.² Men förändringen har inte bara skett på överstatlig nivå utan har också ägt rum på ett nationellt plan. Detta manifesterades tydlig när Regeringsrätten underkände

¹ Migrationsverket hette tidigare Invandrarverket men för enkelhetens skull använder jag bara det första namnet.

² Brandberg, Ulrika, *Europeiseringen ger mer makt till juristerna* (2007) s. 30-31

regeringsbeslut angående Norra Länken i Stockholm och stängningen av Barsebäck med hänvisning till rättstridighet.³

Företeelsen ”juristmakt” har således gått från att vara en tämligen sval fråga till ett högaktuellt ämne.⁴ Men det är inte bara i kontroversiella frågor (om till exempel svenska kärnkraftsverk) som judikaliseringen kan spåras. Även i svensk förvaltningspolitik genomförs medvetna organisatoriska förändringar som förflyttar makt från myndigheter och dess tjänstemän till domstolar och jurister. Ett konkret exempel på en dylik förändring är just införandet av de nya migrationsdomstolarna.

Judikaliseringen tycks således vara fråga om en tydlig trend som i hög grad påverkar samhällsutvecklingen. Mer oklart är dock vad som driver utveckling framåt. Härom presenterar forskare en rad olika idéer. Dessa vill jag studera närmare och tillämpa med ambitionen att förklara varför en migrationsdomstol ansågs vara nödvändig för att förändra och förbättra flyktingpolitiken.

1.1 Syfte och frågeställning

Att flytta makt från Migrationsverket och dess tjänstemän till migrationsdomstolen och dess jurister ser ut att vara ett skolexempel av judikalisering.

Syftet med föreliggande uppsats är att klargöra varför en migrationsdomstol ansågs vara lösningen på de problem som Migrationsverket stod symbol för. Det är intressant att utforska varför man skapade en ny organisation i form av en domstol istället för att reformera den befintliga inom myndigheten. Reformen ger intrycket av att juridiken förutsattes besitta egenskaper som politiken saknade. För att utreda denna sak är det inte tillräckligt att blott konstatera judikaliseringen eftersom det är ett alltför oprecist begrepp. Jag måste tränga in djupare och analysera judikaliseringens orsaker för att därefter kunna använda judikalisering som förklaringsmodell för att förstå migrationsdomstolens uppkomst.

Frågeställningen kan således liknas vid en tvåstegsraket. Uppsatsen tar avstamp i frågan om vad som driver judikaliseringen framåt. Om detta råder det delade meningar i forskarvärlden och en rad olika teorier förekommer. Därför ägnas studiens första del åt att redogöra för och systematisera dessa förklaringsmodeller. Studiens andra del består i att teoretiskt pröva modellerna på det empiriska materialet om de politiska motiven för grundandet av migrationsdomstolen.

Frågorna som uppsatsen ämnar besvara är såldes: vad är det som driver judikaliseringen framåt och kan dessa judikaliseringsteorier förklara migrationsdomstolens tillkomst?

³ Taube, Caroline i *Svensk förvaltningspolitik* (2003) s. 163

⁴ Radioprogrammet *Studio Ett*, P1 Sveriges Radio, 2007

1.2 Metod och material

En teoriprövande studie kan omöjligt ta hänsyn till samtliga faktorer som påverkar det undersökta fenomenet och det är heller inte min avsikt.⁵ Däremot kommer jag anstränga mig för att presentera de mest dominerande och övertygande förklaringarna till judikalisering. Jag kommer att i uppsatsen första del ta hjälp av Lennart Lundquists aktör/struktur-modell för att sortera och klassificera dessa förklaringar.

En studie av detta slag bör alltid kunna besvara frågan: ett fall av vad då? Frågan besvaras naturligtvis: ett fall av judikalisering.⁶ Det kan dock påpekas att det föreligger vissa problem med renodlade fallstudier. Forskaren arbetar oftast med en analysenhet och detta kan medföra problem att vetenskapligt säkra orsak/verkan-samband.⁷ Det är en viktig aspekt som är väl värd att beakta. Därmed inte sagt att en fallstudie per definition inte är komparativ. Jag håller före att varje bedömning har inslag av komparation. Genom att hela tiden förhålla mig till alternativa perspektiv inrymmer studien ett komparativ inslag och tillgodoser därigenom behovet av intressanta jämförelser.

Urvalsprocessen av material har varit hanterbart då forskningen i fråga om judikalisering är ganska avgränsad, eller i vart fall inte är särskilt omfattande. Det finns självklart många intressanta debattinlägg av såväl statsvetare som jurister så ett visst urval måste dock göras. Genom bearbetning av litteraturlistor och källförteckningar framträder ett mönster och det blir ganska tydligt vilka de betydande forskarna är. Härav följer att jag med relativt gott självförtroende kan säga att föreliggande uppsats presenterar de mest tongivande idéerna på området. Jag har uteslutit forskare som arbetar med teman som liknar eller angränsar, men inte använder begreppet, av den orsaken att de inte använder begreppet judikalisering. (Exempel på sådana är maktodelningsproblematik, demokrati, rättsstaten) Jag har endast inkluderat forskningsbidrag som konkret arbetar med termen judikalisering. Jag anser att detta är en rimlig avgränsning. Bidragen består av litteratur och artiklar publicerade i vetenskapliga tidskrifter.

Att sortera det material och forskningsbidrag som handlar om migrationsdomstolen har varit av mer självklar karaktär på grund av det faktum att det inte finns så mycket att välja på. Då domstolarna inte har funnits mer än ett år finns av naturliga skäl inte heller någon stor mängd vetenskaplig forskning. Det finns dock mycket material i form av offentliga utredningar, skrivelser och propositioner. Urvalet har skett genom systematisk genomgång av rättskällorna. Det finns givetvis artiklar i massmedia och vetenskapliga tidskrifter. Vad gäller utfallet av migrationsdomstolens verksamhet finns ett rikt utbud. Däremot finns det färre artiklar angående motiven till instiftandet av domstolen. Visst godtycke med hänsyn till urvalet går dock inte att friskriva sig ifrån.

⁵ Esaiasson *et al.* *Metodpraktikan* (2004) s. 108

⁶ *ibid.* s. 31

⁷ *ibid.* s. 119

2 Teori

Eftersom judikalisering inte alltid används samstämmigt och entydigt krävs en viss begreppsutredning för att kunna använda termen på ett konstruktivt sätt. Aktör/struktur-modellen är ett bra verktyg för att belysa judikaliseringens orsaker och innebörd eftersom den skapar förståelse för hur strukturer påverkar aktörer som i sin tur reproducerar strukturer.⁸ Översatt i termer till denna uppsats, hur politiker/jurister påverkar samhällsutvecklingen samtidigt som de själva är under ständig påverkan av samhällsstrukturer.

2.1 Aktör/struktur

Den deterministiska aktör/struktur teorin fokuserar helt på opåverkbara superstrukturer så som till exempel kapitalism och globalisering. Aktörerna lämnas inget utrymme för egna handlingar utan betraktas helt bakbundna och oförmögna att förändra sin situation och blir således oviktiga för den fortsatta samhällsutvecklingen. Samma sak, fast omvänt, gäller forskare som istället argumenterar i voluntaristiska termer om att människan är fri från begränsade strukturer. Ett bra exempel är den eviga myten om the "economic man". Individens preferenser för effektivitet och nyttomaximering är exogent skapade och problematiseras inte vidare. Strukturer härleds alltså direkt ur aktörens handlingar. Det skall dock framhållas att det finns få strikt renodlade deterministiska eller voluntaristiska teorier.⁹

Aktör/strukturansatsen har vuxit fram i polemik mot perspektiv som ensidigt framhållit strukturer eller aktörer som ontologisk klassifikation, som om det vore möjligt att isolera den ena kategorin från den andra.¹⁰ Teorin försöker förena de båda perspektiven och önskar förklara förhållandet mellan aktörer och strukturer som en ömsesidig påverkan genom att aktörer konstitueras av strukturer som in i sin tur reproduceras av aktörer. Detta innebär dock inte att det är mindre intressant eller betydelsefullt att studera och definiera vad en struktur är och likaså vad eller vem en aktör är.

Med strukturer förstås ofta ett slags mönster med viss permanens. Vad som exakt konstituerar mönstret eller hur oföränderliga strukturer antas vara varierar från forskare till forskare. Giddens beskriver strukturbegreppet som uppbyggt av regler (för det sociala samspelet) och resurser (att möjliggöra

⁸ Johnson, Björn, *Aktörer, strukturer och sociala konstruktioner* (2001) s. 97

⁹ *ibid.* s. 99

¹⁰ *ibid.* s. 98

handlade) medan mer permanenta mönster är en del av "systemet".¹¹ Lennart Lundquist beskriver samhällsstrukturerna som en "osynlig värld" som uppstår och skapas i relationer mellan aktörer. Strukturerna kan klassificeras utifrån deras form och innehåll. Formen beskrivs antingen som en idé- eller beteendestruktur som kan ha socialt, ekonomiskt eller politiskt innehåll.¹² Dessa strukturer är dock inte statiska utan under en ständig utveckling.¹³

All samhällsvetenskaplig forskning vilar i viss utsträckning på metateoretiska antaganden och hur forskaren än väljer att definiera strukturbegreppet är det klart att det ofrånkomligen inbegriper ett visst påverkansmått av aktörer.¹⁴

Att definiera aktörsbegreppet är kanske lite mindre problematiskt än strukturbegreppet. Aktörer kan i princip vara både individer och kollektiv. Giddens menar att en aktör har förmågan att handla (annorlunda) till skillnad från strukturer, som visserligen kan påverka, men inte handla. En viktig analysnivå är alltså aktörens möjliga handlingskapacitet - annorlunda uttryckt med Lundquists terminologi – aktörsautonomi. Detta begrepp innefattar handlingsfrihet (aktören själv avgör riktning och sätt att handla) och handlingsförmåga (aktörens möjlighet att agera och nå eget formulerade mål). Här återkommer jag till det elementära problemet som jag började med – motsättningen mellan determinism och voluntarism. Poängen med aktör/struktur är dock att denna antagonism delvis kan överbryggas eftersom individen antas kunna handla, om än under påverkan av strukturer. Problemet förflyttas följaktligen istället till varför hon handlar som hon gör.¹⁵

2.2 Symbolperspektiv

Det finns naturligtvis olika uppfattningar om vad som ligger till grund för organisatoriska förändringar. Då judikaliseringsteoretiker utgår från att samhällsliga förändringar (till stor del) är utfallet av medvetna handlingar ter det sig tämligen naturligt att uppsatsens operationella analys utgår ifrån ett instrumentellt synsätt på förändring.¹⁶

Det så kallade nyinstitutionella perspektivet, som tar avstamp i antingen teknologiska/ekonomiska krav eller sociala/kulturella krav som ställs på organisationer, kan därför vara användbart. Som en hjälp för att förstå dessa krav

¹¹ Johnson, 2001, s. 100

¹² Lundquist, Lennart, *Implementation Steering* (1987) s. 40;
Lundquist, Lennart, *Demokratins väktare* (1998) s. 33-35

¹³ Lundquist, 1987, s. 57

¹⁴ Johnson, 2001, s.101 ff.

¹⁵ *ibid.* s. 103

¹⁶ Lundquist, 1998, s. 40

presenterar Kjell Arne Røvik två användbara analysredskap, verktygsperspektivet och symbolperspektivet.¹⁷

Det första perspektivet är utmejslat från det så kallade rationalistisk - ekonomiska paradigmet. Om en organisationsform, idé eller reform blir populär beror det på att formen, idén eller reformen är den bästa och mest effektiva. Verktygsperspektivet är präglad av utvecklingsoptimism och förespråkare hävdar att kunskapsläget ständigt blir bättre eftersom professionaliseringen av aktörer inom organisationen ständigt blir bättre. Aktörer tillmäts rationalitet och kollektiv organisation skall i första hand ses som ett bra redskap för att åstadkomma de mest effektiva besluten. Effektivitet är grunden för all legitimt existensberättigad verksamhet.¹⁸ Judikalisering förstås bäst ur detta perspektiv.

Det andra analysverktyget är symbolperspektivet och med hjälp av detta perspektiv nya infallsvinklar presenteras. Utgångspunkten finns i resonemanget om att formella organisationer befinner sig i en institutionell omgivning. Røvik beskriver den institutionella omgivningen som en omgivning vilken organiseras kring ett socialt, kulturellt, juridiskt eller ekonomiskt krav och på så sätt institutionaliseras dessa normer. Det är viktigt att poängtera att även handlingar och idéer kan institutionaliseras.

För att organisationer skall ges trovärdighet och anses legitima måste dessa institutionaliserade föreställningar byggas in i verksamheten. Detta görs genom att organisationer knyter till sig symboler som representerar institutionaliserade standarder. När dessa inkorporeras i verksamheten vinner organisationen legitimitet. Förändring sker alltså inte uteslutande på grundval av ekonomisk effektivitet utan även andra faktorer tillmäts betydelse. Här uppdragas en viktig skillnad mellan verktygsperspektivet som är mycket *problem-lösning*s-baserat till skillnad från symbolperspektivet som också tar med i beräkningen att givna idéer och praxis kan forma utvecklingen. Det kan exempelvis vara ”trender” och föreställningar om ”best-practice”. Eftersom det mänskliga handlandet antas vara rituellt och till stor del stigberoende ska utvecklingen inte antas effektiv och linjär. Förändring sker för att skapa legitimitet och inte för att nå organisatoriska mål.¹⁹

Här länkas symbol- och verktygsperspektiven ihop. Den rationella-instrumentella traditionen blir påtaglig och det blir genast svårt att avgöra huruvida en förändring eller reform är en symbol eller ett effektivt verktyg. Det skall dock nämnas att verktygsperspektivet har en mycket mer utbredd acceptans och forskare talar om en rationalistisk - instrumentell hegemoni. En organisation som försöker anamma en populär reform kan ju inte gärna göra det med hänvisning till att förändringen endast ökar verksamhetens legitimitet utan att den är bästa lösningen för en modern organisation.

¹⁷ Røvik, Kjell Arne, *Moderna organisationer* (2004) s. 45-46

¹⁸ *ibid.* s. 30 ff.

¹⁹ *ibid.* s. 34 ff.

3 Judikalisering

Judikalisering – uttrycket som sådant – är inte alltid innehållsmässigt ett självklart begrepp. En del forskare hävdar att begreppet är så spretigt att det är svåränvänt emedan andra forskare menar att, om det väl definieras, är ett utmärkt begrepp som inte bara förtjänar uppmärksamhet utan också forskning.²⁰

Detta avsnitt kommer att redogöra för olika definitioner av judikalisering samt olika förklaringar till dess uppkomst. För att bringa ordning och reda kategoriseras forskningsmodellerna enligt aktör/struktur-teori. Själva poängen med aktör/struktur är ju, som tidigare nämnts, att den söker förena olika perspektiv på aktörer och strukturer genom att förklara förhållandet mellan de båda som en ömsesidig påverkan. Aktörer organiseras kring strukturer som i sin tur reproduceras av aktörer. Det är ju självklart så att hur forskaren än väljer att definiera det ena begreppet inbegriper det tvunget till viss del det andra.²¹ Min avsikt är inte att definitivt kategorisera eller placera forskarna i en aktör- eller strukturansats utan min ambition skall snarare förstås som ett försök att klargöra åt vilket håll forskaren lutar i termer av aktör/struktur.

De kanske mest kända forskarna inom ämnet är Torbjörn Vallinder och Neal C. Tate. Deras antologi ”The global expansion of Judicial Power” är ett av de viktigaste bidragen till forskningen.²² I denna forskningsvolym återfinns välkända forskare som Martin Shapiro och Alex Stone Sweet. Deras forskning återfinns i föreliggande uppsats. Därtill har jag inkluderat John Ferejohn och Ran Hirschl som också har forskat och skrivit mycket om judikalisering.

Från den svenska statsvetenskapliga arenan kan Barry Holmström och Olof Peterson utgöra motpoler och från det juridiska hållet står Joakim Nergelius, Ola Wiklund och Kjell Å Modéer för debatten. Dessa bör betraktas som de mest betydande forskarna i Sverige.

²⁰ Tate, Neal C; Vallinder, Torbjörn, *Global expansion of judicial power* (1995) s. 5;
Hirschl, Ran, “*Juristocracy*” - *Political, not Juridical* (2004) s. 724

²¹ Johnson, 2001, s. 101 ff.

²² Haltern, Ulrich, *Comment on “The Global Expansion of Judicial Power”* (1996). s. 139;
Reisner, William, *Comment on “The Global Expansion of Judicial Power”* (1996) s. 1

3.1 Aktörsorienterade förändringsperspektiv

Neal C. Tate och Torbjörn Vallinder är internationellt sett bland de mest framstående på området. Deras forskning har inspirerat, och många gånger fungerat som en språngbräda för efterföljande forskare.

Forskarduon sätter aktören i centrum, även om de givetvis är medvetna om den strukturella påverkan. Tankegången är att, givet att vissa grundläggande förutsättningar föreligger - så som demokrati och formellt systematiserad maktindelning - krävs det därutöver att aktörer medvetet initierar förändringen.

Utifrån gjorda antagande definierar Tate/Vallinder judikaliseringen som tvådelad. Judikaliseringen innefattar en maktförskjutning från politiker till jurister samt en ökad användning av den judiciella arbetsmetoden i den offentliga förvaltning. Vissa forskare riktar kritik mot denna vida definition och menar att formuleringen inbegriper en så stor mängd fenomen med ohanterligt många, tänkbara - exogena såväl som endogena - orsaksförklaringar att begreppet blir oanvändbart.²³

Tate/Vallinder argumenterar dock att styrkan ligger i det att utifrån deras begreppsbestämning är möjligt att urskilja olika former av judikalisering. Den mest dominerande varianten är "lagprövningsrätten" det vill säga domstolens rätt att avgöra huruvida en lag eller ett regeringsbeslut är grundlagstridigt.²⁴

Enligt deras perspektiv antas aktörer alltså agera strategiskt med möjligheten att förstå alla konsekvenser av sitt agerande. Detta kan ju naturligtvis diskuteras. Kritiker menar att genom att studera aktörer åtskilt från sitt sociala och institutionella sammanhang riskerar "aktörteoretiker" att gå miste om en trovärdig helhetssyn.²⁵ För att återgå till förklaringar av utvecklingen. Vilka aktörer menar Tate/Vallinder eggat judikaliseringen?

3.1.1 Jurister tar

Tate/Vallinder hävdar att utvecklingen drivs framåt på grund av att jurister tar för sig och medvetet utvidgar sin samhällsposition. Enligt deras synsätt är det ett krav, att juristerna tar en aktiv position och är positivt inställda till en ökad juristmakt. Det innebär alltså inte att judikalisering sker per automatik, utan utöver nödvändiga samhällsstrukturer som har sin grund i demokratiska värden där den formella makten är systematiserad krävs det också ovillkorligen aktiva handlingar från aktörer. Detta är en typisk inställning hos aktör-centrerade forskare.

Martin Shapiro bidrar med ett kapitel i Tate/Vallinders bok och har under flera årtionden har forskat om judikaliseringens framväxt i USA. Shapiro betonar

²³ Reisinger, 1996, s. 1

²⁴ Tate/Vallinder, 1995, s. 13

²⁵ Reisinger, 1996, s. 2

och framhäver aktörers handlingar som väsentligt avgörande för judikaliseringens utveckling.

Shapiro visar i sin studie hur de strukturella förutsättningarna är inbyggda i den amerikanska konstitutionen. Grundlagen instiftar tre separata och jämbördiga institutioner, presidentämbetet, kongressen och högsta domstolen. Det är endast till de två förstnämnda som ledamöterna utses demokratiskt. Till den tredje, den så kallade "The Supreme Court", motsvarigheten till svenska Högsta Domstolen, utnämns ledamöterna däremot genom politisk utnämning. Högsta Domstolen har relativt mycket (politisk) makt, som är väl inbakad i rättssystemet, i och med att domstolen ges en mycket extensiv lagprövningsrätt. Eftersom domarna till högsta domstolen nomineras direkt av presidenten medför detta naturligtvis en ständig kamp om inflytande i domstolen då politikerna denna väg kan införliva sin politik i den juridiska sfären. Shapiro liknar problematiken vid "hönan-ägget" problemet.²⁶ Vad kommer egentligen först? Jurister som verkar politiskt eller politiker som utövar inflytelse i juridiken? Detta skall dock inte målas upp som ett alltför stort problem. USA:s konstitution har ju starka traditioner om "checks-and-balances" och principen om maktindelning präglar ju systemet.

Shapiro hävdar, att judikaliseringen har gått starkt framåt i USA, och inte sällan i "mänskliga rättighetens" namn. Gång på gång har domstolen "rättat till fel" som politiker vållat den enskilda individen.²⁷ Under en längre tid har alltså domstolarna varit mycket aktiva och detta har givetvis utnyttjats av lobbyister. De förstod kvickt att domstolsjurister var påverkbara precis som andra politiska aktörer. Jurister upplevde att detta skadade domstolens auktoritet och slog vakt om sin opartiskhet och vidtog legitimitetsfrämjande åtgärder. Judikaliseringen kom därför att medförda en politisk kamp och medvetenhet om högsta domstolens legitimitet.²⁸

Shapiro resonerar alltså på samma sätt som Tate/Vallinder och menar att de grundläggande strukturella förutsättningarna som manifesteras i konstitutionens uppbyggnad möjliggör och till och med utvidgar aktörens handlingsutrymme. Jurister väljer således handlingsstrategi efter behov. De drar snarare fördelar från, än bakbinds av, strukturerna. Individen förutsätts sträva efter att maximera sin nytta och noga överväga konsekvenserna av sina handlingar. Detta synsätt på aktörsautonomi präglas av ett stort mått voluntarism.²⁹

I Sverige är professor Barry Holmström en av de tongivande forskarna och tar helt klart ställning i debatten. Han hävdar att judikaliseringen är en direkt följd av aktörers medvetna val och handlingar. Utvecklingen skall betraktas som en dragkamp om den konstitutionella makten i vilken jurister och politiker konkurrerar. Eftersom kontrollmakt och lagprövning för närvarande ligger hos juristerna måste det också vara så att de själva faktiskt strävar efter mer makt.

²⁶ Shapiro i *The Global Expansion of Judicial Power* (ed: Tate/Vallinder 1995) s. 43-45

²⁷ *ibid.* s. 47

²⁸ *ibid.* s. 49

²⁹ Johnson, 2001, s. 100

Holmström håller före att juristerna har vunnit slaget och därmed är juristernas framskjutna roll i samhället är ett faktum. Judikaliseringen har alltså sin grund i en medveten strategi från juristkåren. Detta leder till en maktförskjutning av den reella politiska makten från folkvalda representanter till experter i juristkåren.

Juristkårens strävan efter politisk makt ses som en exogent given preferens och strukturen härleds alltså direkt ur juristernas handlande.³⁰ Detta argument är tveksamt eftersom ursprunget till juristernas preferenser för makt inte problematiseras och analysen riskerar därför att helt förbise den strukturella kontexten.³¹

3.1.2 Politiker ger

Shapiro menar att det dock inte alltid är av yttre tvång som politiker lämnar ifrån sig makt utan vid vissa tillfällen sker det också genom avsiktlig delegering. Detta gäller vanligast politiskt känsliga frågor.³²

Shapiros kollega Alex Stone Sweet har samma utgångspunkt men fokus riktat mot Europa. Stones teori utgår från den generella tvistlösningsmetoden i vilken två parters (dyads) mellanhavanden mäklas av en tredje part (triad). Stone menar att förståelsen för dynamiken i denna fundamentala sociala institution är central för att förstå judikaliseringen.³³ Det är en politisk process som på grund av aktörers strategiska handlingar upprätthåller en interdependens mellan dessa ”dyads” and ”triads”. Stone förhåller sig medvetet till både struktur- och aktörsteori och har en konstruktivistisk ansats utan att för den sakens skull förneka påverkan av aktörers beteenden. Aktörer handlar medvetet och strategiskt men deras frihet är dock kraftigt påverkad och begränsad av strukturer på macro-nivå, vilka är autonoma från fenomenen på micro-nivå.

Stigberoendet är således kraftigt och manifesteras i juridikens institutionalisering och dominans över den normativa strukturen. Under vissa givna förhållanden uppstår således judikalisering.³⁴ Stone tangerar gränsen för vad som överhuvudtaget är möjligt att sortera som *antingen* aktör *eller* struktur. Kanske spelar det mindre roll eftersom meningen är att lyfta fram argumenten och inte primärt redogöra för huruvida dess är aktör- eller strukturorienterad. Jag väljer dock ändå att betrakta hans teori som mer aktör- än strukturorienterad då jag tolkar hans argument som att det i huvudsak är politiska aktörer som upprätthåller ordningen genom handla strategiskt för att uppnå sina mål.

Ytterligare en intressant aspekt presenteras av Ran Hirschl. Också han är helt klar över att det är har skett en omfattande överflyttning av makt från folkvalda representanter till jurister. Den påtagliga judikaliseringen manifesteras i

³⁰ Holmström, Barry, *Demokrati och juridisk kontroll* i SOU 1999:76 s. 144

³¹ Johnson, 2001, s. 100

³² Tate/Vallinder, 1996, s. 32

³³ Stone Sweet, Alex, *Judicialization and the Construction of Governance* (1999) s. 2

³⁴ *ibid* s. 32

den ökande tilliten till domstolar och spridning juridiska arbetsmetoden.³⁵ Han menar att förändringen har medfört ett nytt statskick - ”juristokratin”.³⁶

Hirschl anser att juristokrati är, och har länge varit, verklighet i USA. Den långa traditionen av rättsaktivism och lagprövning har medfört att domstolarna har en mycket betydelsefull roll i politiken.³⁷ Judikaliseringen har dock inneburit att domstolarna har blivit alltmer politiska samt att deras befogenheter ständigt har blivit mer omspannande och mångsidiga. Som ett exempel anför Hirschl domstolens roll i det omdiskuterade presidentvalet då Bush vann över Gore.³⁸

Hirschl menar dock att judikalisering inte skall blandas ihop med rättsaktivism utan bör definieras enligt följande tre kategorier (1) det utökade arbetsområdet för juridisk arbetsmetod, (2) lagprövning samt (3) överföringen av rent politiska ärenden till den juridiska sfären. Termen ”judikalisering” skall således förstås som ett paraply-liknande begrepp som syftar till tre, delvis, olika processer.³⁹ Skillnaden mellan den första och den sista typen är till synes inte stora men ändå viktiga. Den första kategorin handlar det om det juridiska tillvägagångssättet och den sista om moraliska vattendelare och dilemman. På samma sätt är det också stora skillnader mellan den andra och den tredje kategorin. Här är den centrala frågan vad som skall räknas som ett ”politiskt” beslut och vad som är ett juridiskt beslut. Hirschl påpekar att det är en svår avvägning och en självklar definition av judikalisering existerar därför inte. Forskaren måste följaktligen noga redogöra för sin tolkning.⁴⁰

Vidare argumenterar Hirschl att, inte heller judikaliseringens orsaker, är givna. Endimensionella förklaringar som endast utpekar den makthungriga juristkåren som upphovsmakare duger inte. Domstolsjurister arbetar ju inte i ett socialt eller ideologiskt vakuum utan är ju självklart en politisk institution och dess utveckling kan inte förstås isolerad från den övriga politiken och samhället.⁴¹ Hirschl betonar att utvecklingen är av politisk natur och inte juridisk. Det är främst politiska aktörer som antingen aktivt arbetar för judikaliseringen eller passivt låter förändringen ske. Det är tydligt, menar Hirschl, att politiker delegerar ”besvärande” politiska frågor till domstolar för att på så sätt undkomma kontroversiella problem där de riskerar att förlora väljarstöd.⁴² Dessutom drar politikerna nytta av det juridiska systemet för säkra sin politik i ett längre perspektiv.⁴³ De använder domstolen för att befästa, alternativt hindra

³⁵ Hirschl, Ran, *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide* (2006) s. 721

³⁶ Hirschl, 2004, s. 6

³⁷ Hirschl 2006, s. 772

³⁸ En kort resumé. Ett relativt stort antal (förmodade Gore-vänliga) röster kunde inte avläsas eller räknas maskinellt. Då det inte fanns några formella regler för hur rösterna skulle räknas manuellt drog domstolen slutsatsen att rösterna skulle ogiltigförklaras. Tack vare denna dom fick Bush flest röster och vann valet. Hirschl, 2006, s. 722

³⁹ Hirschl, 2006, s. 723

⁴⁰ *ibid.* s. 728

⁴¹ Hirschl, 2004, s. 8, Hirschl, Ran, *The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization* (2000) s. 149

⁴² Hirschl, 2006, s. 744 - 745; Hirschl 2004 s. 8

⁴³ Hirschl, 2006, s. 747

efterföljande politiker att förändra, de politiska villkoren. För detta påstående finner Hirschl en hel del stöd i statsvetenskaplig forskning som inte primärt avhandlar judikalisering utan snarare ”policy-making processer”.⁴⁴

På liknande sätt resonerar Barry Holmström. Han menar att förändringen knappast har skett ensidigt från domstolarnas håll. Även politiker har bidragit till, och dragit nytta av, judikalisering. I och med att låta domstolar avgöra politiskt känsliga frågor har politiker lyckats komma undan ”jobbiga” frågor och har lyckats rikta fokus till en annan instans.⁴⁵ Det är alltså inte bara en konsekvens av att jurister *tar* utan också av att politiker *ger* ifrån sig makt.

Denna delegering har delvis skett genom att politiker driver politik medelst målstyrning vilket innebär att ramlagar blivit ett viktigt politiskt instrument. Politikerna anger lagens ramar emedan juristerna fyller dem med innehåll. Ramlagsstiftning ger utökad utrymme för lagtolkning, och därmed har politiker öppnat dörren för juristers ökade inblandning inom bland annat förvaltningsärenden som i sin tur drivit på judikaliseringen. Detta betyder att politiker skapar formella strukturer som möjliggör för jurister att etablera en stark ställning inom den offentliga förvaltningen.⁴⁶

Återigen blir det tydligt att Holmström tillmäter aktörer stort handlingsutrymme gentemot strukturer. Aktörerna – i detta fall politiker och jurister – har stor handlingsmöjlighet och en tendens av voluntarism kan skönjas i Holmströms argument. Men det är samtidigt tydligt att aktörer agerar i samverkan av strukturer. Här kan Lundquists modell om strukturer användas för att förtydliga interaktionen. Idéstrukturen präglas av normen om att det juridiska systemet borgar för objektiv saklighet och att jurister besitter en alldeles särskild kompetens. Till följd av detta skjuts mer makt till jurister vid statsförvaltningen genom exempelvis ökad ramlagsstiftning eller allmänna krav på juridiskt kompetens hos statstjänstemän. Dessa strukturer har till störst del politiskt innehåll, men det skall påpekas att gränsdragningen mellan politiskt och socialt innehåll är svår och det finns ingen given precisering.⁴⁷

3.1.3 Intressegrupper påverkar

Ytterligare en faktor som sägs driva på judikaliseringen framåt är intressegruppers aktiva arbete. Tate/Vallinder pekar till exempel på den allmänt utspridda uppfattningen att den offentliga sektorn är ineffektiv. Denna föreställning är till viss del skapad av intressegruppers intensiva kampanjer. Propagandan har naturligtvis medfört att politiska beslutsfattare betraktas som inkompetenta och korrupta, vilket i sin tur har medfört en maktförskjutning till gagn för juristkåren.⁴⁸

⁴⁴ Gillman, Howard, *Review: What's Law Got to Do with It?* (2002) s. 532

⁴⁵ Holmström, Barry, *Domstolar och demokrati* (1998) s. 47

⁴⁶ Holmström, SOU 1999:76, s. 130

⁴⁷ Lundquist, 1987, s. 41

⁴⁸ Shapiro i *The Global Expansion of Judicial Power* (ed: Tate/Vallinder 1995) s. 48

Shapiro utvecklar denna teori och menar att domstolsjuristers rättsaktivism har utnyttjats av lobbyister som har förstått att jurister är precis lika påverkbara som politiska aktörer.⁴⁹ På detta sätt har olika intressegrupper lyckats få gehör för sina önskemål. Rättigheter har ”utsträcks” att gälla områden som tidigare ansett ligga utanför lagens bokstav.

På samma sätt har den politiska oppositionen lyckats använda domstolen för att driva sin politiska agenda. Denna utveckling har starkt bidragit till judikaliseringen.⁵⁰

Hirschl lyfter fram ytterligare en intressegrupp som har bidragit till utvecklingen. Han menar att samhällseliten som fruktar att förlora (politisk) makt använder juridiken och domstolarna som ett sätt kvarhålla makten.⁵¹ Denna hypotes logiska hållbarhet kan ju givetvis ifrågasättas. På vilket sätt menar han att till exempel att de forna sovjetstaternas politiska agenda har formats för att skydda en elits sociala ställning? Argumentet att judikaliseringen skulle vara en biprodukt av samhällselitens strategiska aktioner kan ifrågasättas om de skall betraktas trovärdigt. Jag finner inte att argumentationen om att dessa aktörers egenintresse skulle motivera judikaliseringens framfart.⁵²

3.2 Strukturorienterade förändringsperspektiv

Precis som de flesta aktörteoretiker anser också strukturorienterade forskare att det råder en växelverkan mellan aktörer och strukturer. Skillnaden ligger dock i att de tillmäter strukturerna större betydelse för utvecklingen än enskilda aktörer. En vanlig utgångspunkt utvecklingen sedan andra världskriget. Resonemangen går självklart isär och utvecklingen tolkas olika men det fungerar bra som en startpunkt för kommande analys. Nedan gjorda klassificering kan naturligtvis diskuteras och kanske till och med ifrågasättas. Av naturliga skäl flyter rubrikerna in i varandra och det kan vara svårt att avgöra var den ena slutar och den andra börjar, men jag tycker ändå att rubrikerna fungerar tillfredställande och fyller sitt syfte.

3.2.1 Fragmenterad politisk makt

John Ferejohn, amerikansk professor i juridik, menar att det helt klart har, i Europa såväl som i USA, skett en maktförskjutning från den politiska sfären till den juridiska. Denna utveckling menar han i huvudsak har skett under tre former. För det första har domstolens makt att definiera gränsen för den parlamentariska

⁴⁹ Shapiro, 1995, s. 50

⁵⁰ Tate/Vallinder, 1996, s. 30

⁵¹ Hirschl, 2006, s. 746

⁵² Jfr Closa, Carlos, *Comment on "Towards Juristocracy"* (2006) s. 582-583

makten ökat. Detta har gjorts möjligt genom att yttermera begränsa de politiska organens lagstiftande funktion genom införandet av exempelvis lagprövningsrätt.⁵³ För det andra har domstolen blivit ett forum för politiska processer. För det tredje har domstolen utformat normer för den politiska processen genom att införa beteendestandarder för intressegrupper, politiker med flera. Detta betyder i förlängningen att judikaliseringen inte endast äger rum i och genom domstolen, utan urskiljs också hos andra politiska aktörer.⁵⁴

Grogrunder för judikaliseringens framväxt i Europa var, beskriver Ferejohn, efterkrigstidens mycket hårt prövade och splittrade politiska makt. De politiska aktörernas utrymme var starkt begränsat på grund av att den politiska makten var mycket fragmenterad. Då de politiska institutionerna inte kunde erbjuda stabilitet sökte sig människor naturligtvis till de institutioner som kunde, vilket var domstolarna. Kontentan är alltså att när politisk vilja inte räckte till fyllde juridiken deras funktion. Ferejohns poäng är alltså att, domstolsjurister endast kan agera när politiker har gett upp beslutanderätten. Detta är givetvis en bra poäng som är svår att förneka.⁵⁵

Om man vill problematisera Ferejohns hypotes kan man ifrågasätta, kanske inte en bristfällig logik, utan snarare antagandet om att domstolsjurister verkligen kommer att fortsätta anta utmaningen att utöva en rättsskapande funktion bara för att den lagstiftande makten uppfattas som svag och politiker visar sig inkompetenta.⁵⁶ Aktörens preferenser ses som exogent givna, en förkärlek för makt utan att preferensens ursprung problematiseras. Jag tolkar ändock Ferejohns argument som att det är strukturella förändringar som skapar möjligheten för aktörer. Därmed finns det en slags inbyggd aktör/stukturansats med endogent givna preferenser, det vill säga att aktörers preferenser formas i en strukturell kontext.

3.2.2 Juridiska rättigheter som skydd mot maktmissbruk

Ferejohn för ytterligare ett resonemang som kanske framstår än mer relevant. Han anser att det finns en allmän föreställning om att domstolen skyddar grundläggande värderingar från politiskt maktmissbruk.⁵⁷

Ferejohns uppmärksamhet koncentreras i första hand till utvecklingen i USA. Han menar att i takt med att domstolarna i allt högre utsträckning slå vakt om individuella fri- och rättigheter samt den privata äganderätten minskade motståndet mot en utökad juridisk maktsfär. Ungefär samma utveckling gick att skåda i efterkrigstidens Europa där ”rättsprövningsinstitut” instiftades för att skydda mänskliga rättigheter. Detta gällde särskilt Tyskland och Italien eftersom de tidigare nazist- och fascistregimerna fundamentalt och konsekvent kränkt

⁵³ Rättsprövningslagen (SFS 1988:205)

⁵⁴ Ferejohn, John, *Judicializing Politics, Politicizing Law* (2002) s. 41

⁵⁵ Munger, Michel, *Comment on Ferejohn's "Judicializing Politics, Politicizing Law"* (2002) s. 90

⁵⁶ *ibid.* s. 89

⁵⁷ Ferejohn, 2002, s. 55

mänskliga rättigheter. Lagstiftarna betrodde av naturliga skäl inte försvara lika rättigheter för alla och därför inrättades författningsdomstolar - självständiga ifrån lagstiftaren – som överinstans, med rätt att återförvisa en bristfällig och orättvis lag. Existerande lagstiftning granskades således två gånger, dels av folkvalda representanter och dels av juridiskt skolade experter. Detta medförde att de vanliga domstolarna kom att åtnjuta större auktoritet och betraktades som förvaltare av mänskliga rättigheter.⁵⁸

Genom klara och tydliga strukturer, genom vilka den politiska makten klart definieras, förebyggs maktmissbruk. Detta innebär att kontrollmakten förflyttas från den politiska sfären till den juridiska vilket är kännetecknet för judikalisering.

3.2.3 Offentlig sektor

Olof Peterson tillräknar Sveriges stora offentliga sektor stor betydelse för judikaliseringens framväxt. Detta synsätt delar han med Barry Holmström även om likheterna slutar där.

Peterson tar avstamp i den svenska rättshistoriska traditionen och menar att stora delar av judikaliseringen går att härleda historiskt. I en rättsstat är förståelsen för naturrätten och rättspositivism grundläggande, vilket betyder att alla människor har av naturen givna rättigheter och att dessa rättigheter kan i lag utvidgas eller inskränkas. I en demokrati måste de här två grundsatserna förenas med principen om folksuveränitet och idén om ”all offentlig makt från folket”.⁵⁹ Dessa värden skall dock inte porträtteras alltför polariserat, som om dess värden ovillkorligen står mot varandra. Även om juridiken får ett allt större utrymme i samhället idag skall judikaliseringen inte betraktas som en entydig tendens med givna effekter, utan snarare som en normativ fråga om hur arbetet i den offentliga förvaltningen skall fördelas och om hur rättstaten skall organiseras.

Det svenska samhället har i takt med framväxten av en stor, komplex offentlig sektor skapat ett behov av tydlig ansvarsfördelning där aktörers rättigheter och skyldigheter blir överskådliga. För att garantera dessa skapas formella strukturer som möjliggör och till viss del begränsar aktörers handlingsförmåga. Det är alltså i dessa försök att ”renodla myndighetsfunktionen” som aktörerna har påverkat strukturen som i sin tur genom bland annat lagreglering, har påverkar aktörer. Den sociala strukturen kan förklaras med värderingar om att välfärden är bra och därför följs lagar som man anser skydda dessa normer.

Därför har juridisk kompetens också mött en större efterfrågan. Denna förändring är inte att betrakta som ett nollsummespel där jurister och politiker rivaliserar om makten, utan som en samhällelig utveckling där den dömande makten skall ses som ett komplement till den lagstiftande makten.⁶⁰

⁵⁸ Ferejohn, 2002, s. 56-57

⁵⁹ Petersson, Olof, *Rättstaten. Frihet, rättsäkerhet och maktindelning I dagens politik* (1996) s. 115

⁶⁰ Petersson, 1996 s. 116-117

För att tydliggöra Petersons resonemang kan Lundquists terminologi om beteende- och idéstrukturer återigen användas. Tankar om individens ”rättigheter” är normer och värderingar som bygger upp en slags idéstruktur. Efterlevnaden av dessa rättigheter bildar ett mönster som formar en beteendestruktur. Dessa strukturer påverkar sedan individen och sedermera kollektivet som stiftar formella lagar, som i sin tur stimulerar utvecklingen i en viss riktning.⁶¹ Det handlar således inte om någon medveten strategi från i huvudsak aktörer utan en växelverkan och ömsesidigt beroende mellan aktörer och strukturer.

Det går att utläsa en viss determinism i Petersons argumentering. I och med att han menar att strukturer är avgörande för att förklara samhällig förändring och avgränsar han aktörens betydelse. Strukturer fyller en nödvändig funktion genom att formalisera aktörers kollektiva handlande och gemensamma värderingar. Därför menar Peterson är judikaliseringen i grunden bra och nödvändig utveckling.

3.2.4 Europeiseringen

Ett delvis lite annat perspektiv på judikaliseringens utveckling ger juristen Joakim Nergelius. Han tar avstamp i vad han kallar ”europeiseringen” och det utökade samarbetet mellan de europeiska staterna efter andra världskriget.

I det kaos som rådde i Europa efter krigen inleddas ett europeiskt samarbete, genom vilket länderna tillsammans skulle arbeta för att bromsa politiska totalitära strömningar och verka för en fredlig samvaro. För att binda samman länderna krävdes naturligtvis en mängd formella regler och normer. Idealet ansågs vara rättsstaten med en lagstiftning som tydligt formulerade alla medborgares fri- och rättigheter gentemot staten, men också mot varandra. Denna rättsharmonisering gjordes möjligt genom EG-domstolens rättsskapande. De demokratiska organens armar som har haft svårt att nå ut till medborgarna på ett konstruktivt sätt, fick så uppbackning av andra judiciella institutioner.⁶² Judikaliseringens uppkomst skall alltså betraktas som ett resultat sprungen ur denna process.⁶³ Nergelius får stöd av kollegan Ola Wiklund som också anser att juridikens utbredning och den så kallade judikaliseringsprocessen har sin förklaring i den tilltagande internationaliseringen. I likhet med Nergelius förklarar han att europasamarbetet har fodrat en mängd lagstiftning och för att se till att regelverken efterlevs har man skapat diverse överstatliga domstolar såsom Europadomstolen och EG-domstolen. Dessa domstolar har, i kombination med en tilltagande globalisering, gjort att juridiken har avancerat på alla områden och judikaliseringen är därmed ett faktum.⁶⁴

⁶¹ Lundquist, 1987 s. 40

⁶² Nergelius, Joakim, *Löser juridiken demokratins problem?* i SOU 1999:58 s. 71

⁶³ Nergelius *et al.* *Den konstitutionella Revolutionen* (2001) s. 22

⁶⁴ Wiklund, Ola, *Om politikens juridifiering och juridiken ideologisering* i SOU 1999:58 s. 86-87

Ovan beskrivna argument liknar Ferejohns ”normskiftesargument” till den grad att de nästa skulle kunna placeras under samma rubrik. Det föreligger dock viss skillnad, om än symbolisk. Som tidigare påpekats har ”judikalisering” som begrepp kritiserats för att vara alltför spretigt på gränsen till oanvändbart. Begreppet rymmer på så sätt allt och inget. Det samma gäller uttryck som ”europeisering”. Vad menas med europeisering - globalisering i snäv bemärkelse? När Ferejohn talar om utvecklingen sedan andra världskriget i internationell bemärkelse gör Nergelius och Wiklund det i en europeisk. Dubbelbottnade begrepp så som judikalisering kräver väl övervägda definitioner för att kunna användas på ett nyttigt sätt. Vid första anblick förefaller de två hypoteserna relativt olika men vid närmare analys står det klart att Nergelius och Wiklunds argument tar sin utgångspunkt i det nydanande samarbetet mellan de olika staterna efter andra världskriget, och utgår inte ifrån, som Ferejohn, den fragmenterade politisk ordningen.⁶⁵

3.2.5 Rättshistorisk pendel

Kjell Å. Modéer vidgar ansatsen en aning och utgår från ett längre perspektiv. Han framhåller att judikalisering som fenomen är inte, historiskt sett, något nytt. Även om Modéer till viss del ansluter sig till Nergelius och Wiklunds förklaringsmodell om europeisering så tillmäter han denna utveckling bara viss betydelse i sammanhanget.⁶⁶ Modéer menar att europeiseringen bara är en av flera pusselbitar i ett mycket mer komplext mönster som utgör judikaliseringens grogrund. Den internationella utvecklingen med starkare domstolar kastar givetvis en skugga över även den svenska rättspolitikerna men spelar egentligen en mindre roll i sammanhanget.

Modéer talar istället om en rättshistorisk pendel som har svängt tillbaka från tron på folksuveränitet till rättstaten. Idag har synen på politiker förändrats och de anses, liksom jurister, tillhöra samhällseliten. Förändringen har medfört ett ökat politikerförakt och juristens uppgift har därför blivit att kontrollera det politiska svängrummet och motverka godtycke. Juridik och politik har på så sätt flutit samman i den svenska rättskulturen och detta har medfört att själva maktodelningsfrågan betraktas mindre dramatiskt. Således innebär utvecklingen att domstolarna beslagtar ett utrymme som i själva verket är deras.⁶⁷

⁶⁵ Jfr Ferejohn, 2002, s. 41

⁶⁶ Modéer, Kjell Å, *Vem regerar i rättens rike?* i SOU 1999: 76 s. 70

⁶⁷ *ibid.* s. 79

4 Migrationsdomstolen

Beslutsfattande politiker och initiativtagare till migrationsdomstolsreformen har givetvis inte motiverat sina beslut genom att hänvisa till ”judikaliseringen”. För att driva en lyckad politik krävs naturligtvis att beslut föregås av grundliga utredningar samt underbyggs med välformulerade argument. Därför ska jag i kommande kapitel pröva hur väl redovisade orsaksförklaringar till judikalisering faktiskt stämmer in på införandet av en migrationsdomstol.

Första delen, 4.1, ägnas åt att studera den process som föregick inrättandet av migrationsdomstolen. Det finns en hel uppsjö av offentligt tryck som ger en relativt klar bild av det politiska klimatet och diskussionerna kring reformen av flyktingpolitiken.

Andra delen, 4.2 avser att jämföra de argument och motiv som framkommer i kapitlets första del, 4.1, med de orsaksförklaringar till judikaliseringen som jag presenterade i föregående kapitel, det vill säga kapitel 3.

4.1 Ärendets gång

Själva reformprocessen har en lång historia och redan på tidigt 1990-tal påbörjades arbetet med att reformera flyktingpolitiken. Den första utredningskommissionen som lade fram förslag om en ny process- och instansordning tjänstgjorde emellertid först 1997 under ledning av Siv Helmer.⁶⁸

Vid kommande redogörelse för motiven som låg till grund för regeringens beslut att reformera migrationsverket medföljer av naturliga skäl en beskrivning av olikheterna mellan den tidigare och den nuvarande instansordningen. Jag tycker att det fullt tillräckligt uppfyller eventuella önskemål om redogörelse för lagens materiella innehåll.

4.1.1 Frågan väcks

Handläggningen av asylärenden hade under en lång tid kritiserats för att ta lång tid, och för att insynen i processen för såväl parter som allmänhet varit dålig. Därför tillsattes en kommitté för att pröva huruvida ett införande av tvåpartsprocess skulle kunna medföra sådana förbättringar att processordningen borde ändras och hur detta i så fall bäst skulle genomföras. Denna kommitté, tog

⁶⁸ SOU 1999:16

namnet ”Kommittén om ny instans- och processordning i utlänningsärenden”, NIPU.⁶⁹

Deras utredningsarbete belyste ett antal problem med den dåvarande ordningen och propagerade för en omfattande förändring. De menade att behovet av en ny process- och instansordning var akut för att tilltron till systemet inte skulle försvinna.

Dessutom ställde EG-rätten upp krav som Sverige inte, med dåvarande processordning, uppfyllde. Att gemenskapsrättsliga regler har haft en stor inverkan på utformningen av den nya process- och instansordningen är påtagligt. Grunden för dagens samarbete och harmonisering av asyl- och migrationsfrågor lades idet så kallade tredjepelarsamarbetet i Maastrichtfördraget som ställer ett antal minimikrav att beakta vid asylprövning.

Arbetet fördjupades och flyttades över till första pelaren i och med Amsterdamfördraget, men kritiserades för att handla mer om kontroll av, än rättigheter för asylsökande. Vid Europeiska rådets möte i Tammerfors intensifierades dock arbetet och gemensamma riktlinjer för migrationsfrågor arbetades fram. Detta resulterade i det så kallade *skyddsdirektivet* som formulerar vilka gemensamma kriterier som skall tillämpas vid bedömningen om vilka tredjelandsmedborgare och statslösa som är i behov av skydd.

Ytterligare ett resultat av Tammerfors mötet var det så kallade *asylprocedurdirektivet*. Detta direktiv innehåller miniminormer för medlemsstaterna vad gäller det rättsliga förfarandet vid asylprövning. Ett sådant krav är till exempel att asylsökanden ska ha rätt att överklaga ett avvisningsbeslut. I det så kallade *Haagprogrammet* införlivades de nämnda direktiven i en handlingsplan med ca hundra åtgärder för att skapa ett enhetligt förfarande i medlemsländerna.⁷⁰

Asyl- och migrationsfrågor är alltså en del av gemenskapsrätten och har således en stor inverkan på svensk lagstiftning. Eftersom Sverige är en så kallad dualistisk stat ska all internationell lagtext inkorporeras i svensk nationell rätt för att vara tillämplig. De ovan nämnda EU-direktiven ställde krav som Sverige endast kunde uppfylla genom att införa nya bestämmelser i utlänningslagen.⁷¹ Därför hade NIPU-kommittén att pröva hur en ny instansordning skulle kunna utformas. De avfärdar helt tanken om att reformera den befintliga organisationen inom Migrationsverket även om det, teoretiskt sett, skulle vara möjligt att införa en tvåpartsprocess inom verket genom att ge olika organ olika funktioner. Detta skulle dock kräva att två verksorgan inom samma myndighet betraktas som skilda intressenter. En dylik modell ansågs alltså inte tillräckligt kunna tillgodose kraven för en rättvis tvåpartsprocess. Den ideala ordningen återfanns istället i domstolsprocessen. Därav drar kommittén slutsatsen att Invandrarverkets beslut bör kunna överklagas till en domstol.⁷²

⁶⁹ SOU 1999:16 s. 17

⁷⁰ SOU 1999:16 s. 144; Riksdagsskrivelse 2005/06:18 s. 5

⁷¹ SOU 1999:16 s. 207, 216

⁷² *ibid.* s. 18

En allmän domstol ansågs inte möta de höga kraven på särskild kompetens. Kommittén påtalade vikten av att utveckla och samla befintlig specialkunskap till ett ställe. De förordade därför istället en migrationsdomstol knuten till den allmänna förvaltningsdomstolen.⁷³ På så sätt kunde den nya organisationen ”överta” den där redan existerande domstolskulturen. Kommittén hävdade att det på så vis skulle bli ännu tydligare att beslutsfattandet inom rättsområdet hade av statsmakten givna ramar att hålla sig inom.⁷⁴

Denna processordning ansågs dock inte helt perfekt då det eventuellt kunde bli problem med (tidsmässigt) långa instanskedjor vilket bland annat ansågs vara oförenligt med barnkonventionen. Därför argumenterade kommittén för att frånta regeringen beslutsfattanderätten som sista instans.⁷⁵

4.1.2 Utlänningsnämnden granskas

NIPU-kommitténs utredning kritiserades för att inte tillräckligt ha analyserat utlänningsnämndens organisation. Regeringen bemyndigade 1999 därför ett antal statsråd vid utrikesdepartementet att forma en arbetsgrupp för att bättre utreda Utlänningsnämndens brister. Återigen blev frågan om prövningstillstånd (rätten att överklaga avlägsnandeärenden) och insynsproblemet granskat. Arbetsgruppen lyfte fram fem huvudproblem.⁷⁶ Dessa var:

- För lång handläggningstid
- Dålig insyn i processen
- Obefintlig muntlig handläggning
- Kostnadsbetungade verksamhet
- Tyngande återutredning av ärenden

Arbetsgruppen fortsatte på NIPU: s linje om att snabbhet i förfarandet och ökad muntlig förhandling var nödvändiga faktorer för att öka rättsäkerheten. Däremot ställde de sig lite annorlunda till frågan hur dessa krav bäst skulle tillgodoses. De menade att den klart överlägsna institutionen för detta var domstolen eftersom ”domstolarna har tillerkänts en särställning i samhället”⁷⁷. Även om nämnder med domstolslika arbetsmetoder diskuterades som ett alternativ bedömdes dessa inte konkurrera ut domstolens fördelar. En av de största fördelarna med domstolsprocessen sades vara att domstolsbeslut accepteras och respekteras i högre grad än nämndbeslut. Om detta gäller allmänheten såväl som de sökande minskar arbetsbelastningen då omprövningar av avvisningsbeslut förväntades minska. På detta sätt argumenterade arbetsgruppen för att processen skulle bli mer effektiv och därmed mer rättssäker.

⁷³ SOU 1999: 16 s. 219

⁷⁴ *ibid.* s. 19

⁷⁵ *ibid.* s. 215

⁷⁶ Ds. 2000:45 s. 62-63

⁷⁷ *ibid.* s. 66

4.1.3 Migrationsdomstol bättre än specialdomstol

När idén om en ny process- och instansordning förankrats gällde det att besluta om hur projektet bäst skulle genomföras. Det fanns egentligen bara två aktuella förslag (eftersom alternativet att endast reformera den befintliga organisationen aldrig fick gehör). Det första var NIPU: s förslag om en migrationsdomstol knuten till den allmänna förvaltningsdomstolen och det andra var UD: s arbetsgrupps förslag om en specialdomstol. Fördelarna med det senare alternativet sades vara att den bättre skulle tillvarata den specialkunskap som krävs i utlänningsärenden. Dessutom skulle det bli lättare att behålla enhetlig praxis och beslutskedjan är mer koncentrerad. Alla har på så sätt en garanterad rätt att få sin sak prövad, men under viss begränsning.⁷⁸

Fördelen med den andra varianten - en migrationsdomstol - påstås vara att prövningen i två instanser är mer rättssäker och att det dessutom borgar för en större öppenhet och insyn i processen. Detta delvis på grund av att nämndemän deltar i besluten vid förvaltningsdomstol.⁷⁹

4.1.4 Regeringens proposition

Efter flera bemyndiganden och diverse utredningar lade regeringen tillslut fram en proposition som handlade om införandet av en ny instansordning. (Det fanns givetvis fler delar i reformarbetet. Dessa är inte inkluderade eftersom de inte är av betydelse för min frågeställning.)

Regeringen utgick ifrån NIPU: s utredning och avvisade därmed förslaget om en specialdomstol för utlänningsärenden.⁸⁰ Propositionen väckte förslaget om att Migrationsverkets beslut skulle kunna överklagas till en migrationsdomstol knuten till länsrätten (och som därefter överklagas till migrationsöverdomstolen vid Stockholms kammarrätt). Denna förändring av process- och instansordningen med två rättsinstanser jämte möjligheten till större öppenhet skulle utan tvekan ge förfarandet en prägel av högre rättsäkerhet.⁸¹

4.1.5 Riksdagens respons

Vid bordläggningen av proposition om införandet av en ny process- och instansordning debatterade de sex olika riksdagspartierna det framlagda förslaget. Alla debattörer betonade ofullkomligheten i den dåvarande asylprocessen. Migrationsverket och utlänningsnämnden fick svidande kritik. Deras verksamhet

⁷⁸ Ds 2000:45 s. 69

⁷⁹ Prop. 2004/05:170 s. 108

⁸⁰ *ibid.* s. 82-83

⁸¹ *ibid.* s. 107

klandrades för att vara inhuman och allt annat än rättssäker. Deras arbetsmetoder beskrevs som ovärdiga, godtyckliga och rättsvidriga.⁸²

En riksdagsledamot uttryckte:

”Det är inte främst myndighetsorganisationen och lagstiftningen som har kritiserats den senaste tiden. Det är praxis och tillämpning som har upprört så många människor.”⁸³

Bilden som målas upp är klar och tydlig, det var Migrationsverket som utpekades till syndabock och som fick klä skott för regeringens misslyckade flyktingpolitik. Alla var missnöjda med utlänningsnämnden och alla manade till förändring. Samtliga partier enades kring beslutet att lägga ned utlänningsnämnden och att införa migrationsdomstolar. Det gick dock att skönja meningsskiljaktigheter längs partilinjerna. Det handlade bland annat om lagtextens utformning och ordalydelse, skilda bedömningar av reformens reella effekter samt domstolens efterföljande praxis.⁸⁴

Orosmomentet gällande hur domstolarna skulle komma att tillämpa lagen var framträdande. Folkpartisten Mauricio Rojas menade att:

”Det är ett allvarligt problem när riksdag och regering inte kan besluta om saker och ting som är av politisk karaktär [...] när vi inte vågar göra det, och vi lämnar till domstolarna – i det här fallet kommer det att bli Migrationsöverdomstolen – och deras praxis att lagstifta och med relevant innehåll fylla något som vi har lämnat väldigt odefinierat.”

Rojas hävdade att lagtexten var så oprecist formulerad att det skulle vara omöjligt att överblicka hur domstolarna skulle döma i enskilda fall, och han fortsatte:

”När vi inte gör det (*fattar beslut*) öppnar vi vägen för en domstolspraxis som de facto tvingas ge sig in i det som egentligen är politiska beslut som vi ska fatta här.”⁸⁵

Men trots allt lyckades regeringen ena Riksdagen om att fatta beslut i frågan och propositionen röstades igenom.

⁸² Billström; Hoffmann, Riksdagsprotokoll 2004/05:130 anförande nr 29,32

⁸³ Brus Riksdagsprotokoll 2004/05:130 anförande nr 31

⁸⁴ Rojas; Carlsson Riksdagsprotokoll 2004/05:130 anförande nr 30, 37

⁸⁵ Rojas Riksdagsprotokoll 2004/05:130 anförande nr 30

4.2 Är migrationsdomstolen ett fall av judikalisering...

Nästa del av studien består i att försöka spåra ”judikalisering” i migrationsdomstolsreformen. Genom att applicera de i kapitel 3 redovisade förklaringsmodellerna ska jag studera hur väl dessa kan förklara varför regeringen valde att förändra systemet genom att införa en ny process- och instansordning.

4.2.1 ... utifrån aktörsorienterade förändringsperspektiv?

Kan reformen sägas ha sin grund i att jurister vill tillskansa sig mer makt i utlänningsärenden? Jag kan inte hitta några belägg för det. Flyktingfrågor kräver mycket av involverade parter och är för lagmännen i domstolen en helt ny typ av ärenden. Dessutom är ju utlänningsärenden traditionellt sett knappast något som inbringar status, pengar eller makt.⁸⁶ Att jurister skulle se någon fördel att få detta ärende tilldelat sig är högst osannolikt. Visserligen har Advokatsamfundet i sin tidning – Advokaten - publicerat artiklar där verksamma jurister framför åsikten att det har blivit ”roligare” med asylärenden eftersom förändringen har medfört muntliga förhandlingar. Det har på så sätt blivit mer ”juridik” och kräver därför mer av det juridiska biträdet.⁸⁷ Detta torde dock betraktas som en konsekvens av snarare än en orsak till migrationsdomstolen. Förklaringsorsaken torde stå att finna någon annanstans.

Vad som förefaller vara en mer rimlig förklaring är att *politiker* medvetet flyttat över ansvaret till jurister för att undvika den besvärliga kopplingen till Migrationsverket. Massiv kritik riktades ju mot regeringen efter en rad uppmärksammade fall där enskilda individer farit illa på grund av den svenska flyktingpolitiken. Migrationsverket kom ju att utpekas som syndabocken för den illa fungerande flyktingpolitiken.⁸⁸ Med en enig riksdag i ryggen beslutade därför regeringen att lägga ned utlänningsnämnden vid Migrationsverket och i dess ställe införa migrationsdomstolen. I det utredningsarbete som föregick reformen formuleras uppfattningen att regeringen inte borde omskapa den befintliga organisationen utan istället utforma en helt ny organisation och knyta den till den länsrätten. Detta för att ”ärva” den speciella kultur som antogs inrymmas hos domstolar. (Jfr rubrik 4.1.1)

Det är inte svårt att föreställa sig att det egentligen handlade om ett försök att flytta fokus från den politiska sfären till den juridiska. Genom att låta ansvaret för ”utlänningsärenden” ligga hos jurister och avgöras i domstol hoppades politiker undkomma en besvärlig ”no win situation”. Men det har också varit

⁸⁶ SOU 1999:16 s. 218

⁸⁷ Brandberg, Ulrika; Knutson, Tom, *Trögt i starten för migrationsdomstolarna*, (2007)

⁸⁸ Riksdagsprotokoll 2004/05:130, Anf: 28-32, 37 Holmberg (s), Billström (m), Hoffmann (v), Rojas (fp), Brus (kd) och Carlsson (c)

tydligt att andra aktörer än politiker och jurister har haft intresse i frågan. När det gäller själva reformen har intressegrupper påverkat politikerna att fatta beslut i en viss riktning. Detta märks tydligt i de riksdagsdebatter som föregick beslutet att anta propositionen om införandet av en ny process- och instansordning. Ett exempel är Ulla Hoffmanns inledande ord i en riksdagsdebatt:

”I september 1996 undertecknade jag, tillsammans med många andra, en debattartikel där vi krävde att Utlänningsnämnden skulle läggas ned.”⁸⁹

Den debattartikel Hoffmann talar om är en insändare till DN debatt med 68 namnunderskrifter däribland Astrid Lindgren och Ulf Lundell.⁹⁰ Det är således klart att olika aktörer har sökt påverka politikerna att fatta beslut. Detta torde inte vara särskilt kontroversiellt utan snarare tvärtom. Kommunikation mellan politiker och medborgare anses ju tillhöra demokratins grundstenar. En intressant aspekt är vilka möjligheter intressegrupper har att i framtiden påverka jurister vid migrationsdomstolarna. Kanske är det inte troligt att asylsökande själva kommer att kunna påverka juristerna, men det finns ju en rad intresseföreningar för dessa resurssvaga grupper.⁹¹ Hur receptiva kommer dessa jurister att vara för intressegruppers krav att agera på det ena eller andra sättet är för tidigt att uttala sig om, men att reflektera över det är tankeväckande.

Detta är ingenting som verkar ha diskuterats i utredningsarbetet. Det verkar som om det finns en föreställning om att jurister inte är lika påverkbara som politiker. Att jurister, i sin yrkesroll, kan förhålla sig objektiva till samhällsklimatet och strukturella krav. Denna ståndpunkt förutsätter att juridiska beslut inte fattas med några som helst politiska hänsyn och att jurister inte påverkas av den strukturella omgivningen.⁹²

4.2.2 ... utifrån strukturorienterade förändringsperspektiv?

Om fokus skiftar från aktörer och istället riktas mot samhällsstrukturen kan andra perspektiv på skälen bakom migrationsdomstolens uppkomst utforskas. Människan befinner sig i en samhällelig kontext och påverkas av sin omgivning. Hur strukturbegreppet än definieras inbegriper det därför naturligtvis ett visst påverkansmått på aktören. Om forskaren utgår från att strukturer faktiskt påverkar aktörer, om än i varierande grad, kan viktiga aspekter belysas som annars går obemärkta förbi. Människors beteende skall inte betraktas godtyckligt då de verkar i, och genom, strukturer som till viss del styr deras tänkande.⁹³ Detta resonemang antyder att juridiska beslut skulle kunna innehålla omedvetna

⁸⁹ Hoffmann, Riksdagsprotokoll 2004/05:130 anf. nr 32

⁹⁰ Westerberg, Bengt; Lindgren, Astrid; Lundell, Ulf *Lägg ned utlänningsnämnden* (1996)

⁹¹ Tex. Broderskapsrörelsen - Sveriges kristna socialdemokrater och FARR - Flyktinggruppernas och Asylkommittéernas riksråd

⁹² Jfr Hoffmann Riksdagens protokoll 2004/05:130 anf. nr 32

⁹³ Lundquist, 1998, s. 33

politiska ställningstaganden, vilket inte är godtagbart i en strikt aktörsorienterad ansats.

Det finns, som jag tidigare visat, en rad förklaringsmodeller med en klar strukturansats. Vissa, kanske mer intressanta än andra. Att söka förklaringen i det att politiker inte lyckats samla den politiska makten verkar fruktlöst med tanke den förhållandevis stabila politiska situationen i Sverige. I kombination med den långtgående (partipolitiska) enigheten beträffande införandet av migrationsdomstolen ter sig argument som att reformen skulle ha framtvingats på grund av *splittrad politisk makt*, mindre troligt.

En annan infallsvinkel är att betrakta reformen som ett sätt att motverka potentiella politiska motsättningar. Den offentliga debatten präglades av de anklagelser som riktades mot Regeringen för den inhumana flyktingpolitiken som medförde långa handläggningstider, undermålig öppenhet och godtyckliga beslut. För att öka effektiviteten, öppenheten och rättsäkerheten ställdes krav på att lägga ned utlänningsnämnden och införa en domstol i dess ställe. En ny process- och instansordning påstods bättre kunna garantera rättsäkerheten eftersom ett domstolsförfarande medför en muntlig förhandling, tvåpartsprocess och möjligheten att överklaga beslut. Detta till skillnad från förfarandet i utlänningsnämnden som ofta handlades skriftligen, utan möjlighet att överklaga (endast omprövas för det fall nya bevis anbringades) och där Migrationsverket hade både en utredande och prövande funktion.⁹⁴

Utlänningsnämndens förfarande föreföll inte bara orimligt och orättvist utifrån moraliska värderingar, utan stod i direkt strid med de internationella regler som fanns på området. EG-rättsliga regler, barnkonventioner och mänskliga rättigheter lyftes fram. Den juridiska arbetsmetoden uppfattades som mer objektivt och stod som förebild. Samtidigt ”smittade”, så att säga, Migrationsverkets misslyckande över på regeringen och politiker kom att betraktas som inkompetenta. Att beskriva det som ett *normskifte*, från tron på politiska visioner till juridiska rättigheter, fångar stämningen tämligen väl anser jag.

Ytterligare en faktor som stimulerat utvecklingen är den *offentliga sektorns* väldiga storlek vilket medför ett behov av tydliggöra individens rättigheter och skyldigheter. Genom att ”renodla” myndighetsfunktionerna har tydligare strukturer skapats. Detta resonemang kan till viss del förklara införandet av migrationsdomstolarna. När brister i svensk flyktingpolitik påtalades så beskylldes utlänningsnämnden för problemen. Ansvariga politiker sköt ifrån sig ansvaret och menade att problemet inte var politiken, utan tillämpningen på myndighetsnivå.⁹⁵ Men myndighetens tjänstemän har ju endast att följa regler och föreskrifter som politiker stiftat. Vems var felet, vems var ansvaret? Svaret tycktes vara - flytta över ärendet till domstol så visar det sig.

⁹⁴ Prop. 2004/05:170 s. 107

⁹⁵ Brus, Riksdagsprotokoll 2004/05:130 anförande nr 31

En förklaringsfaktor som framstår mycket tydligt vid en analys av motiven till reformen är *EG-rättsliga regler*. Då asyl- och migrationsfrågor är en del av gemenskapsrätten har dessa således haft en stor inverkan på svensk lagstiftning. Sverige har ansträngt sig för att möta de krav för att så långt som möjligt harmonisera asyl och flyktingsbestämmelserna på EG-rättslig nivå. Sveriges inställning har varit att:

”Asyl- och migrationspolitiken kräver ett ökat samarbete också regionalt [...] Sverige verkar för en human och solidarisk europeisk flyktingpolitik. De asylsökande som kommer till EU skall få en rättssäker prövning av sitt asylärende och ett bra mottagande, oavsett vilket EU-land de kommer till.”

Sverige har således målsättningen att öka harmoniseringen av asyl- och migrationsrätten i EU.⁹⁶ I och med detta engagemang var det nödvändigt att reformera flyktingpolitiken. Kraven på rättsäkerhet ställdes högre än vad svenska myndigheter kunde tillgodose och endast om EG-direktiven införlivades och tillämpades skulle rättsäkerheten stärkas. Ett kortare historiskt perspektiv kan således åskådliggöra viktiga politiska förhållanden och gemenskapsrätten har obestriddligen haft stor inverkan på utformningen av den nya process- och instansordningen.

En tidsmässigt längre tillbakablick kan inte nämnvärt bidra med någonting därefter. Att det skulle vara *historiska orsaker* som påverkat reformen av migrationspolitiken håller jag för att vara lite långsökt. Den reglerade invandringen är ju relativt nytt som fenomen. Visserligen lyfter Kjell Å Modéer fram dagens politikerförakt och menar att detta förändrat juristens yrkesroll till att omfatta ett allt större område. Detta är, enligt hans synsätt, ingenting som juristerna *de facto* kan göra något åt, och inte heller politikerna i någon egentlig mening. Pendeln svänger ofrånkomligen fram och tillbaka på detta sätt. Determinismen är påtaglig och aktörsautonomin därmed nästintill obefintlig.

4.3 Migrationsdomstolen som symbol

Frågan kan dock upprepas: är migrationsdomstolen verkligen ett fall av judikalisering, det vill säga produkten av medvetna handlingar och strategiska val? Mitt svar är ja. Och nej. Det beror nämligen på vilket perspektiv forskaren antar. Antagandet om att migrationsdomstolen är en produkt av medveten politisk strategi, i vilken orsakssambanden varit klara och konsekvenserna beräknade är naturligtvis en tämligen instrumentell förklaringsmodell.⁹⁷ Aktörer tillskrivs rationella preferenser och alla alternativ är kända. Att inrätta en migrationsdomstol är det mest effektiva och därför också den bästa lösningen.

⁹⁶ Riksdagsskrivelse 2005/06:18 s. 8

⁹⁷ Røvik, 2004, s. 30ff

Detta kan naturligtvis ifrågasättas. Förändringen kan ju beskrivas som en utveckling *från* någonting snarare än *till* någonting? Måhända är det inte fråga om att ha preferenser för domstol utan egentligen handlar det om en vilja att komma bort från Migrationsverket. Bort från det ”onda”. Vad som helst - men bara inte utlänningsnämnden!

Genom att tillämpa ett annat perspektiv blir ytterligare motiv klargjorda. Då framkommer till exempel att för regeringens politik skall anses trovärdig och legitim måste de rådande institutionaliserade föreställningar byggas in i Migrationsverket. Detta görs genom att låta utlänningsärendena överklagas i en organisation som knyter an till symboler som representerar institutionaliserade standarder. När dessa inkorporeras i verksamheten vinner organisationen legitimitet. Att överföra utlänningsärenden till allmän förvaltningsdomstol skall alltså ses i ljuset av detta. Det är själva ”forumet” domstolen som är attraktivt för politikerna och ett sätt att vinna politisk legitimitet. Domstolen ger auktoritet och förtroende.

För övrigt var det ju så att tjänstemännen i utlänningsnämnden var jurister. De hade således också gedigna juridiska kunskaper och goda förutsättningar att väl tillägna sig förståelse för juridiska spörsmål. Det är dessutom så att många av dem som idag arbetar på migrationsdomstolen, en gång i tiden arbetade på Migrationsverket.⁹⁸ Detta förstärker förstås hypotesen att det inte framför allt är den juridiska kompetensen som efterfrågas utan det speciella forum som domstolen erbjuder.

Det är dock självfallet så att reformen befrämjar rättsäkerhet i det att migrationsdomstolen erbjuder ett två-partsförfarande, en större öppenhet och inte minst möjligheten att överklaga beslut som gått den enskilde emot. Det blir således svårt att avgöra huruvida reformen är en symbolisk handling eller ett effektivt verktyg. Migrationsdomstolen måste rimligen sägas vara båda två.

⁹⁸ Silberstein, Michael, *Domstolar dömer olika i asylmål* (2006)

5 Sammanfattning

Den svenska flyktingpolitiken har varit starkt kritiserad under det senaste årtiondet och regeringen har varit under stor press att åtgärda påtalade brister. I Sverige genomfördes därför år 2006 en mycket omfattande reform som innefattade stora organisatoriska förändringar. Bland annat lades Utlänningsnämnden vid Migrationsverket ned och en migrationsdomstol infördes i dess ställe. Genom att på detta sätt införa en två-partsprocess med ytterligare inslag av muntliga förhandlingar och möjligheten att överklaga ett avvisningsbeslut menade man att rättssäkerheten och effektiviteten i större utsträckning skulle tillgodoses.

Att makt överförs från den politiska sfären till den juridiska brukar beskrivas som judikalisering och det har sagts att tillkomsten av migrationsdomstolar är ett skolexempel av just detta. Genom att applicera teorier om judikaliseringen på tillkomsten av migrationsdomstolen kan således fler aspekter än kraven på ökad rättsäkerhet och effektivitet belysas. Ur ett aktörscentrerat perspektiv framstår det tydligt på vilket sätt jurister, politiker eller intressegrupper har bidragit till utvecklingen. Och om man istället utgår ifrån ett strukturperspektiv framträder samhällsstrukturer så som det politiska klimatet, normer och idéer, den offentliga sektorns organisation, europeiseringen eller pendlande maktodelningsideal som ytterligare förklaringar.

Studien visar att migrationsdomstolen kan betraktas som en produkt av europeiseringen eftersom det framgår tydligt att Sverige har ansett att harmonisering och integration av europagemenskapens asyl- och flyktingbestämmelser har varit en prioriterad fråga. Ytterligare en framträdande orsaksförklaring tycks vara ett generellt normskifte där juridiken, snarare än politiken, står som förebild. Juridiska rättigheter ses som ett skydd mot politiskt godtycke och den judiciella arbetsmetoden antas vara rättvis och effektiv. Dessutom äger domstolen en symbolisk auktoritet. Forumet utgör sinnebilden för kompetens, objektivitet, legitim maktutövning och på grund av domstolens särställning i dagens samhälle kan migrationsdomstolens tillkomst också förklaras som en legitimitetsfrämjande symbolhandling.

Men detta instrumentella synsätt kan självklart ifrågasättas och problematiseras. Är migrationsdomstolens tillkomst verkligen att betrakta som en medveten förändring *till* och inte *från* någonting? Det är naturligtvis en relevant invändning att reformen dessutom handlade om att distansera sig ifrån Migrationsverket som blivit en symbol för inhuman flyktingpolitik. På detta sätt växer perspektiven samman, för det är ju svårt att argumentera för att förändringen ”bara” är en symbolisk handling eller faktiskt ”bara” ett effektivt verktyg.

Ytterligare en intressant aspekt att begrunda som jag överhuvudtaget inte har berört är huruvida judikalisering egentligen är en mindre del av en större

helhet. Det kanske egentligen handlar om en generell förfrågan efter experter, och att jurister bara är en av flera yrkeskåror som efterfrågas. Judikalisering är kanske blott en liten del i ett större sammanhang. Genom att enbart studera migrationsdomstolen är det naturligtvis tänkbart att jag förbiser den möjligheten att judikaliseringen i själva verket är en del av ett större expertvälde. Den förhärskande tilltron till expertis påverkar och formar utvecklingen. Judikaliseringen kan således betraktas som en allmän "trend", där föreställningen om att experter i största allmänhet besitter egenskaper som är önskvärda i förvaltningen. Denna invändning är värd att ta på allvar och skulle kunna tjäna som inspiration för vidare studier på området. Ytterligare uppslag till fortsatta studier är att studera reformens utfall. Har den medfört stärkta rättigheter för invandare, är det mer rättssäkert nu än förr?

6 Referenser

Litteratur

- Esaiasson, Peter – Gilljam, Mikael – Oscarsson, Henrik- Wängenerud, 2004. *Metodpraktikan. Konsten att studera samhälle, individ och marknad. 2: a upplagan.* Stockholm: Norstedts Juridik AB
- Holmström Barry, 1998. *Domstolar och demokrati: den tredje statsmaktens politiska roll i England, Frankrike och Tyskland.* Uppsala: Acta Universitatis Upsaliensis
- Lundquist, Lennart, 1987. *Implementation Steering.* Lund: Studentlitteratur
- Lundquist, Lennart, 1998. *Demokratins väktare.* Lund: Studentlitteratur
- Nergelius Joakim – Berggren Niclas – Karlson Nils –2001. *Den konstitutionella Revolutionen.* Stockholm: City University Press
- Petersson Olof, 1996. *Rättstaten. Frihet, rättsäkerhet och maktindelning i dagens politik.* Göteborg: Norstedts Juridik AB
- Røvik, Kjell Arne, 2000. *Moderna organisationer.* Malmö: Liber
- Tate Neal – Vallinder Torbjörn, 1995. *The Global Expansion of Judicial Power.* New York: New York University Press
- Taube, Caroline, 2003. Domstolar och lagprövning s. 163-182 i Petersson, Olof red. *Svensk författningsspolitik* Stockholm: SNS förlag

Artiklar

- Brandberg Ulrika; Knutson, Tom, 2007. ”Trögt i starten för migrationsdomstolarna”, *Advokaten* årgång 73 nr 2
http://www.advokatsamfundet.se/templates/CommonPage_Advokaten.aspx?id=7095
- Brandberg Ulrika, 2007. ”Europeiseringen ger mer makt till juristerna”, *Advokaten* Årgång 73 nr 4, s. 30-31.
http://www.advokatsamfundet.se/templates/CommonPage_Advokaten.aspx?id=7284

- Closa Carlos, 2006. Comment on "Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism". *International Journal of Contemporary Law*, vol 4, nr 3. s. 581-586
- Ferejohn, John, 2002. "Judicializing Politics, Politicizing Law", *Law and Contemporary Problems* vol. 65, nr 3. s. 41-68
<http://www.law.duke.edu/journals/lcp/> 4 April 2007
- Gilliam, Howard, 2001. Review: What's Law Got to Do with It? Judicial Behavioralists Test the "Legal Model" of Judicial Decision Making. *Law & Social Inquiry* vol. 26, nr. 2. s. 465-504. <http://www.lub.lu.se/cgi-bin/ipchk/http://elin.lub.lu.se/link2elin?genre=article&issn=00030554&year=2002&volume=96&issue=3&collection=ejor&pages=511-524&resid=57a1c67489cf2e3928dd678c55c362b6&lang=en> 9 Maj 2007
- Guarnieri, Carlo and Magalhães, Pedro C. 2001. "Judicial Reform, and the Judicialization of Politics in Southern Europe" (Working Paper presented at Instituto de Ciências Sociais Universidade de Lisboa)
www.ics.ul.pt 18 april 2007
- Halter, Ulrich, 1996. Comment on "The Global Expansion of Judicial Power" *European Journal of International Law*
<http://www.ejil.org/journal/Vol7/No1/br4.html> 8 April 2007
- Hirschl, Ran, 2001. "The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions," *Law and Social Inquiry* vol. 25 s. 91-149
- Hirschl, Ran, 2004. "Juristocracy" - Political, not Juridical" *The Good Society* vol. 13, nr 3. s. 6-11 <http://muse.jhu.edu/about/publishers/pennstate/> 2 April 2007
- Hirschl, Ran 2006 "The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide" *Fordham Law Review* vol. 75, nr. 2. s. 721-754
<http://muse.jhu.edu/about/publishers/pennstate/> 2 april 2007
- Johnson, Björn, 2001. Aktörer, strukturer och sociala konstruktioner. *Statsvetenskaplig tidskrift*, årgång104, nr 2 s. 97-114
- Lindgren, Astrid; Lundell, Ulf; Westerberg, Bengt *et al* 1996. "Lägg ned utlänningsnämnden" *DN debatt* 1996-09-25
<http://www.presstext.se.ludwig.lub.lu.se/online/display.php?set=S2&xid=DN199609250010>, 2007-04-14

- Munger, Michael C., 2002. Comment on Ferejohn's "Judicializing Politics, Politicizing Law" *Law and Contemporary Problems* vol. 65, nr 3. s. 87
<http://www.law.duke.edu/journals/lcp/>, 2007-04-04
- Petersson Olof, 1999. "Domstol och Folkmakt", *Svenska Dagbladet*
<http://www.const.sns.se/olofp/s990214.htm>, 2006-03-15
- Reisinger, William, 1996. Comment on "The Global Expansion of Judicial Power", *Law & Politics Book Review* vol. 6, nr. 1 s. 1-5
<http://www.bsos.umd.edu/gvpt/lpbr/subpages/reviews/tate.htm>, 2007-04-04
- Silberstein, Michael, 2006. "Domstolen dömer olika i asylmål", *ST press*
<http://www.stpress.se/zino.aspx?articleID=11278>, 2007-05-21
- Stone Sweet, Alex, 1999. "Judicialization and the Construction of Governance".
Center for Culture, Organizations and Politics.
<http://repositories.cdlib.org/iir/ccop/wps-1999-04> (Paper presented as EUI Workingpaper Robert Schuman Centre No. 96/59), 2007-05-23

Offentligt tryck

- Departementsserie, Ds 2000:45 *En specialdomstol för utlänningsärenden*
<http://www.regeringen.se/sb/d/108/a/724>
- Riksdagens snabbprotokoll *Protokoll 2001/02:37*
http://www.riksdagen.se/webbnav/index.aspx?nid=101&dok_id=GP0937&bet=2001/02:37
- Regeringens proposition 2004/05:170 *Ny instans- och processordning utlännings och medborgarskapsärenden*
http://www.riksdagen.se/webbnav/index.aspx?nid=37&dok_id=GS03170&rm=2004/05&bet=170
- Riksdagens protokoll 2004/05:130 *Bordläggning av proposition 2004/05:170*
http://www.riksdagen.se/webbnav/index.aspx?nid=101&dok_id=GS09130&bet=2004/05:130
- Regeringsskrivelse 2005/06:18 *Migration och Asylpolitik*
http://www.riksdagen.se/webbnav/index.aspx?nid=10&dok_id=GT0318&rm=2005/06&bet=18
- Statlig Offentlig Utredning, SOU 1999:16 *Ökad rättssäkerhet i asylärenden*
<http://www.regeringen.se/sb/d/108/a/1820>

Statlig Offentlig Utredning, SOU 1999:58 Skrift nr 23 *Löser juridiken demokratins problem* Stockholm: Erlanders Gotab

Statlig Offentlig Utredning, SOU 1999:76 Forskarvolym1. *Maktdelning*. Stockholm: Erlanders Gotab

Statlig Offentlig Utredning, SOU 2004:74 *Utlänningslagstiftningen i ett domstolsperspektiv*
<http://www.regeringen.se/sb/d/108/a/26400>

Internetsidor

Radioprogrammet Studio Ett, P1 Sveriges Radio, onsdag 16 maj, 2007 16:00
www.sr.se/cgi-bin/p1/kanalarkiv.asp?ProgramId=1637&NrOfDaysInArchive=1