

JUHLAJULKAISU

PAAVO KASTARI

1907 · 13/11 · 1977

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

Vammala 1978. Vammalan Kirjapaino Oy.

ISBN 951-9068-80-5 (sid.)

ISBN 951-9068-81-3 (1/2 nahk.)

ISBN 978-951-855-872-2 (PDF)

Domstolarnas förändrade roll

1. Domstolarnas allmänna samhälleliga betydelse har minskat kraftigt under detta århundrade, framförallt sedan II världskriget. Under 1800-talet var de de centrala konfliktlösningsinstanserna i samhället, medan den rollen idag har övertagits av antingen utom-juridiska organ och mekanismer eller av specialiserade korporativa judiciella organ (såsom bostadsdomstolarna, arbetsdomstolen osv) och av förvaltningsmyndigheterna. Idag är domstolarna inte stort mer än straffande instanser och organ för handhavande av vissa traditionella administrativa rutinuppgifter.

Jag skall belysa detta med några siffror hämtade ur Statistisk årsbok för Finland åren 1935 och domstolsstatistiken för 1973.

Handlagda ärenden i första instans

Rådstuvurätt	civila mål	1881—1885 i medeltal/år	8.362
	brottmål		5.351
Häradsrätt	civila mål	— » —	57.687
	brottmål		12.748
Rådstuvurätt	civila mål	år 1938	39.962
	brottmål		23.401
Häradsrätt	civila mål	— » —	38.359
	brottmål		27.761
Rådstuvurätt	civila mål	år 1973	20.142
	brottmål		30.167
Häradsrätt	civila mål	— » —	12.533
	brottmål		27.042

Siffrorna talar för sig själva. Vad är det som har förorsakat denna förändrade, i praktiken minskade betydelse för domstolarna? Finns det överhuvudtaget någon möjlighet att domstolarna skall överleva

såsom konfliktlösningsinstanser i det moderna samhället? Jag ämnar i det följande dröja vid dessa två frågeställningar och begränsar mig till att behandla några *förändringar* som skett *inom rättssystemet* och vilka kan tjäna som delförklaringar till det inträffade. Jag kommer inte att ta upp till detaljdiskussion frågan om vilka externa faktorer som påverkat den inom rättssystemet skeende förändringen utan nöjer mig med härvid med mycket allmänna konstateranden.¹

Utgångspunkten för mitt resonemang är att det juridiska argumentationsmönstret ändrat karaktär under detta århundrade eller rättare sagt att nya argumentationsmönster börjat inta en allt mer framträdande plats på det traditionella deduktivt-normativa argumentationsmönstrets bekostnad. *Max Weber* gjorde en skillnad mellan målrationalitet och värderationalitet som har en särskild betydelse i detta sammanhang. Med *målrationalitet* avsåg han sådant handlande där aktören inte bara inrättar sin handling efter målet, utan där han även överväger de medel som skall förverkliga målet och de indirekta verkningarna som följer antingen av medlet eller av målet självt. Först efter att ha avvägt mål, medel och indirekta verkningar fattar aktören sitt beslut. Målrationaliteten är framför allt förhärskande i det kapitalistiska företaget. Vid det *värderationella handlandet* tar aktören däremot inte hänsyn till medel eller verkningar utan koncentrerar sig på att realisera ett mål som uppfattas såsom ett givet, icke ifrågasatt gott.

Weber laborerar även med en distinktion mellan formell och substantiell rationalitet, som hänför sig till de institutionella ramarna för handling. Ett ekonomiskt system främjar *formell rationalitet*, då det bygger på kvantitativ kalkyl och ett politiskt system främjar formell rationalitet, då besluten inom systemet är förutsebara. Dubbel bokföring och rättsstaten är de konkreta uttrycket för denna formella rationalitet. Den *substantiella rationaliteten* åter utgår från de konkreta händelserna, från den konkreta situationen; ett rättvist beslut uppstår bara genom en avvägning av alla mot varandra stående hänsyn osv.²

Nu menade *Weber* att den formella rationaliteten varit en av de

¹ Torstein Eckhoff: The relationship between judicial and political branches of government och Lawrence M. Friedman: Trial courts and their work in the modern world behandlar i sina artiklar domstolarnas minskade betydelse i industrisamhället och de utgör den egentliga inspirationskällan till denna artikel. De ingår i *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Band 4, Braunschweig 1976.

² Jon Elster: *Stat, organisasjon, klasse*, Oslo 1976, ss. 116 ff. behandlar *Webers* rationalitetsbegrepp.

fundamentala förutsättningarna för att kapitalismen överhuvudtaget uppstått och därefter kunnat fortbestå. Kodifieringen av lagstiftningen, skapandet av de rättsliga förutsättningarna för förutsebara judiciella beslut utgjorde den säkra grund utifrån vilken de enskilda företagen kunde göra upp sina ekonomiska beslut för framtiden. Stabiliteten och förutsebarheten i det politiska system (och i det rätts-system) som byggde på formell rationalitet var garantier för att företagen vågade göra även riskabla investeringsbeslut.

Inom detta av formell rationalitet präglade rättssystem uppstod ett visst normativt argumentationsmönster vid fattande av rättsliga beslut. Detta argumentationsmönster var utpräglat värderationellt, dvs. rättsnormen togs såsom något givet, under vilken de i fallet relevanta fakta subsumerades. Avgörandet presenterades såsom en deduktion från normen. Sin teoretiska höjdpunkt nådde denna utveckling mot juridisk värderationalitet inom begreppsjurisprudensen, som även hos oss fick en god företrädare i *Robert Hermanson*, vilken i två artiklar i JFT »Om juridisk konstruktion i statsrätten» (1878—1879) visade sig helt omfatta begreppsjurisprudensens program.

Man kan alltså säga att det formellt rationella rättssystemet gavs konkret innehåll genom en värderationell beslutsmodell, där normen fungerade såsom högsta och icke-ifrågasatt värdepremiss. Systemet var vattentätt, åtminstone så länge det kunde fungera utgående från sina egna inbyggda förutsättningar.

2. Framförallt *Vilhelm Aubert* har i olika sammanhang betonat att den liberala nattvaktarstaten kännetecknades av *tvångslagar* eller *sanktionslagar*, dvs lagar i vilka den statliga tvångsaspekten utgjorde det avgörande elementet. Strafflagstiftningen är det bästa exemplet på dylik tvångslagstiftning, där gränserna för den individuella handlingsfriheten fastslås via regler som uttryckligen anger vilka påföljderna av normstridigt beteende är. Den medborgare som överskrider gränsen för vad som är straffrättsligt tillåtet drabbas av det straffrättsliga statliga påföljdssystemet. Men även de civilrättsliga reglerna kan i nattvaktarstaten ses som indirekta tvångsregler. Avtalsfriheten innebar naturligtvis en faktisk utvidgning av den enskildes handlingsfrihet, men denna handlingsfrihet vilade ytterst på att statligt tvång kunde användas gentemot dem som inte höll sig inom de uppställda ramarna. Även de civilrättsliga reglerna var sålunda baserade på att statsmakten i sista hand med tvångsmedel kunde ingripa för

att upprätthålla företagarnas/kapitalisternas frihet att »hålla marknaden i gång.»³

Lagstiftningen har sedan nattvaktarstatens undergång i slutet av förre och början av detta århundrade delvis ändrat karaktär. Tvångsaspekten har ersatts av en resursaspekt, vilket givetvis inte får tolkas så att tvångsaspekten skulle ha försvunnit. Rättssystemet har i stället blivit tudelat. Vi har å ena sidan kvar det gamla straffrättsliga systemet, vederbörligen moderniserat och humaniserat, och å andra sidan det nya socialstatliga systemet med dess sociallagstiftning, utbildningslagstiftning och ekonomiska stödlagstiftning. Denna socialstatliga lagstiftning är till sin karaktär helt annorlunda den traditionella liberala tvångslagstiftningen, den är en resurslagstiftning som ger medborgaren möjligheter att via de statliga myndigheternas förmedling disponera över samhälleliga resurser. Tillspetsat sagt kan man säga att medan nattvaktarstaten betonade tvånget, betonar socialstaten belöningen. I vilket fall som helst står det klart att det moderna rättssystemet både använder moroten och piskan och inte mera enbart piskan.

Detta har haft konsekvenser för hur lagarna formuleras. Det är numera vanligt att i lagarna inta målsättningsstadganden, vilka direkt anger för vilka syften lagarna är ämnade. Lagarna anger de kriterier enligt vilka de beslutande myndigheterna skall bevilja de resurser som de ställer till medborgarnas förfogande. I och för sig förefaller detta givetvis inte så märkvärdigt. Men ställer man denna lagskrivningsteknik i kontrast till den traditionella nattvaktarstatliga tekniken, framstår skillnaden såsom enorm. I strafflagstiftningen anges inte vilka de enskilda straffstadgandenas syfte är, för vilket ändamål de skall användas av domstolar och polismyndigheter osv. Strafflagen nöjer sig med att beskriva brottet och att därefter konstatera vilka påföljderna är av att en brottslig handling företagits. I princip kan alltså en domstol i en straffprocess nöja sig med att slå fast huruvida ett brott begåtts eller inte samt att därefter utmäta påföljden. I princip är här med andra ord den normativa deduktiva modellen applicerbar. Fakta subsumeras under regeln och därefter »konstateras» påföljden.

Resurslagarna tillåter inte en dylik beslutsmodell. Här gäller det för den rättstillämpande myndigheter att först göra klart för sig vilka

³ Vilhelm Aubert: *Rettens sociale funksjon*, Oslo 1976, ss. 51—58 behandlar rättens tvångsaspekt och dess resursaspekt, som här ligger till grund för mitt resonemang.

syften lagen ifråga avser förverkliga, därefter bör den överväga valet av medel för förverkligandet av dessa syften och därefter även beakta effekterna av sitt beslut både i det konkreta fallet och i ett vidare perspektiv. Först efter en dylik — *målrational* — analys av situationen är myndigheten färdig att fatta sitt beslut. Resurslagstiftningen förutsätter alltså en annan argumentationsmodell än den som förekommer vid tvångslagstiftningen. I den förre är målrationaliteten förhärskande, medan värderationaliteten är det i den senare.

Jag skall före jag går vidare i resonemanget uppehålla mig vid en problematik som *Aubert* överhuvudtaget inte berör men som har stor betydelse för bedömningen av domstolarnas förändrade roll, nämligen frågan om de medborgerliga rättigheternas plats i detta sammanhang. Nu är det utan vidare klart att de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna är rättsliga resurser, de anger de mål, mot vilka staten bör sträva och de ger medborgarna rätt att kräva ett visst slags prestationer av staten. Något oklarare är däremot vilken karaktär de traditionella medborgerliga rättigheterna har. Mycket talar för att även de, åtminstone idag, bör uppfattas såsom rättsliga resurser. De ger nämligen den enskilde medborgaren rätt att rikta anspråk av ett visst slag mot de statliga (och kommunala) myndigheterna och under givna förutsättningar även mot andra medborgare. I och med att en enskild medborgare gör anspråk på att en medborgerlig rättighet förverkligas vis-a-vis honom gör han anspråk på att de statliga (kommunala) myndigheterna ställer vissa rättsliga resurser till hans förfogande. Och även om de traditionella medborgerliga rättigheterna inte alltid klart anger vilka de syften, är som de är avsedda att förverkliga, är de ändå klart värdebemängda, och en rättsligt hållbar tolkning av de enskilda rättighetsstadgandena utan redovisade värdepremisser blir ofta en omöjlighet. Även ifråga om de medborgerliga rättigheterna förefaller sålunda en målrational argumentering vara den enda motiverade.

Detta resonemang är inte omedelbart tillämpligt på finska förhållanden, då ju hos oss de medborgerliga rättigheterna framförallt är riktade till lagstiftaren. Rättigheterna är alltså inte resurser in den mening de är det i författningssystem, där den enskilde medborgaren direkt kan hänvända sig till domstol för att få sina rättigheter förverkligade. Hos oss är de medborgerliga rättigheterna inte resurser i den enskilda medborgarens hand utan i stället gränsmärken uppställda för lagstiftaren, de anger de gränser utöver vilka lagstiftaren principiellt inte får gå i sin lagstiftningsverksamhet, de markerar gränsen

för vad riksdagen får stifta lag om och vad som ej bör lagregleras. Strängt taget borde vi alltså inte tala om medborgerliga rättigheter i vårt författningssystem, i synnerhet som domstolarna inte har för vana att använda dem direkt i sin rättstillämpning.

3. Vi kan alltså konstatera att medan den liberala nattväktarstatens rättssystem kännetecknades av formell rationalitet (framförallt förutsebarhet) och värderationell argumentering (subsumptionsmodellen), kännetecknas socialstaten eller den statsmonopolistiska kapitalismen av ett tudelat rättssystem (präglad av såväl formell som substantiell rationalitet) och av två argumentationsmönster (det värderationella och det målrationala). Resurslagarna representerar här den substantiella rationaliteten; den ekonomiska subsidielagstiftningen syftar till att hjälpa företag som befinner sig i ekonomiska svårigheter, en stor del av sociallagstiftningen syftar till att hjälpa de enskilda individer som eljest har svårt att klara sig osv. Den argumentationsmodell som förvaltningsmyndigheterna använder sig av vid tillämpningen av denna lagstiftning motsvarar inte heller den gamla subsumptionsmodellen, utan de använder sig i stället av en mera fri argumentering där både målsättningsargument, argument avseende medlen och effekterna spelar en framträdande roll. Förvaltningsmyndigheterna söker nå de lösningar som i det enskilda fallet är ändamålsenligast, rättvisast, nyttigast osv. Rättsreglerna utgör härvid bara de ramar inom vilka myndigheterna bör hålla sig.

Men denna målrationala argumentationsmodell som är den dominerande inom förvaltningen har även vunnit insteg inom civilrätten. Det är inte mera vanligt att avgöra civilrättsliga konflikter — såsom vi sett — i domstol. De flesta civilrättsliga konflikter avgörs idag antingen i specialiserade domstolar såsom arbetsdomstolen och bostadsdomstolarna eller i olika skiljemannanämnder eller via privata överenskommelser. I de specialiserade domstolarna är argumentationen inte så bunden som i de allmänna domstolarna, här förekommer en mera öppen argumentering i vilken motstridiga intressen avvägs mot varandra, verkningarna av utslagen mer eller mindre öppet diskuteras osv. Dessa domstolar är ofta korporativa organ, i vilka olika intressegrupper är företrädade. I praktiken betyder detta naturligtvis att det oftast är den starkaste intressegrupperingen som har det avgörande inflytandet och att därför utslagen har en tendens att bli socialt snedvridna. I sista hand är denna utvecklingstendens en följd av att *staten förlorat en del av sin tidigare funktion som*

medlande instans mellan motstridiga intressen. Konflikternas lösning har överlåtits på de stridande parterna själva.

Detta är emellertid delvis även en konsekvens av att många civilrättsliga konflikter till sin natur är sådana intressekonflikter som smidigt kan lösas utan inblandning av tredje part. I många civilrättsliga konflikter har parterna nämligen förutom motstridiga intressen även gemensamma intressen. Det är dessa gemensamma intressen som utgör själva basen för att konflikterna kan avgöras korporativt, via förhandlingar och via överenskommelser. Parterna kompromissar sig fram till lösningarna.

Det är klart att subsumtionsmodellen inte är tillämplig vid dylika kompromisslösningar; vid dem är det i stället fråga om intresseavvägningar, jämkningar av olika synpunkter och rent utilitaristiska mål-medelöverbälganden är av stor betydelse.

Annorlunda förhåller det sig med brottmålen. I dem är det fråga om det som *Aubert* kallar normativ oenighet. Det väsentliga i dem är för det första att utreda *vad som verkligen hänt* och för det andra att därefter *ta ställning till om det som hänt står i strid med en norm*, dvs. utgör ett i lag förbjudet ont. Här ges inte utrymme för kompromisser och intresseavvägningar, utan här gäller det i stället att slå fast fakta, utreda innehållet i en norm (så entydigt och klart som möjligt) och att därefter konstatera påföljden. Vid bestämmandet av påföljden tar domstolen nog i beaktande olika nyttsynpunkter (vilken effekt har den och den påföljden på gärningsmannen, på det allmänna rättsmedvetandet och på potentiella gärningsmän osv.), men till övriga delar är det i detta fall fråga om en tillämpning av den normativt deduktiva argumentationsmodellen.

Detta betyder att på brottmålen fortsättningsvis tillämpas den argumentationsmodell som tidigare även tillämpades inom civilrätten. Detta i sin tur är en följd av att det vid brottmålen inte är fråga om avgörande av intressekonflikter utan i stället om *upprätthållande av vissa i lag givna sociala värden*.⁴ Och om värden kompromissar man inte!

De flesta civilrättsliga konflikter har förlorat sin tidigare egenskap av värdekonflikter och alltmer kommit att uppfattas såsom intressekonflikter. Och domstolarna har visat sig vara otjänliga konfliktlösningensinstanser vid sådana intressekonflikter som inne-

⁴ Aubert: op. cit., kap. 6, diskuterar frågan om domstolarna och konfliktlösning och gör en distinktion mellan intressekonflikter och normativ oenighet, vilken även här används.

fattar både motstridiga och sammanfallande intressen hos de stridande parterna. Den lösningsmodell domstolarna erbjuder i sådana fall är både osmidig, långsam, dyr och oändamålsenlig. Dessutom är det ofta svårt att förutse vilket utslag en domstol kommer att ge i en civilrättslig konflikt. Domstolarna är inte mera på detta område några oomkullrunkeliga garantier för förutsebarhet. Också det argumentet för ett judiciellt avgörande av en civilrättsliga tvist har mao. bortfallit.

4. Kan domstolarna överhuvudtaget under dessa omständigheter överleva? Den nuvarande utvecklingstendensen tyder på att domstolarna håller på att utvecklas till specialiserade organ för brottmål och sådana civila mål, där kompromisser och intressejämkningar inte är möjliga samt för handhavandet av lagfarts- och in-tecknings-ärenden. De tidigare allmänna domstolarna utvecklas till specialiserade organ som dels tar hand om vissa traditionella administrativa uppgifter och som dels kvarstår som upprätthållare av de liberala (nattvaktarstatliga) elementen i rättsordningen, dvs. största delen av straffrätten och vissa delar av civilrätten. Vid sidan av det gamla domstolssystemet utvecklas ett mångförgrenat administrativt domstolssystem samt ett invecklat nät av specialdomstolar inom arbetsrätten och civilrätten.

Naturligtvis bör denna utveckling hejdas. Det är bara ett enda argument som motiverar dess fortsättning: det finns ingen risk för arbetslöshet bland jurister i framtiden. Det argumentet väger emellertid inte tungt. Ett snårigt och snärjigt domstolssystem minskar rätts-säkerheten, gör det omöjligt för den enskilde medborgaren att sköta sina egna juridiska angelägenheter och bidrar till att skapa ett jurist-skrå med i det närmaste okontrollerbara påverkningsmöjligheter.

Alternativet till den nuvarande utvecklingen är att söka återge domstolarna deras tidigare egenskap av *allmänna* domstolar. Detta skulle förutsätta att man bygger upp en enhetlig domstolsorganisation, inom ramen för vilken såväl straffrättsliga, civilrättsliga som förvaltningsrättsliga frågor skulle avgöras. Låt vara att detta enhetliga system givetvis måste vara uppdelat i särskilda enheter med specialiserade uppgifter. Det väsentliga är blott att det skulle existera direkta länkar mellan enheterna i detta sammanhållna system. Det förefaller som om man i Sverige idag skulle ha fått upp ögonen för de negativa effekterna av ett alltför mångförgrenat domstolssystem och att man där på allvar börjat överväga fördelarna av ett

förenhetligat system. *Nils Olof Wentz* har i en synpunktsrik artikel »Några utvecklingstendenser inom domstolsväsendet» framfört tankar i denna riktning.⁵

Men ett dylikt organisatoriskt förenhetligande blir ett misslyckande om det inte följas av förändringar i det juridiska argumentationsmönstret. En förutsättning för att en förenhetling av domstolsväsendet skall ske är att domstolarna (domarna) tillägnar sig de nya argumentationsmodellerna, vilket i sin tur betyder att utbildningen av jurister i våra två juridiska fakulteter måste bringas up to date i detta avseende.

Det finns anledning att i detta sammanhang diskutera ett problem som förnärvarande är brännande aktuellt. Problemet gäller domstolarnas rätt/skyldighet att i sin rättstillämpning använda sig av de medborgerliga rättigheterna. Ämnet är aktuellt därför att den grundrättighetskommitté som sitter just nu kommer att vara tvungen att ta ställning till frågan om kontrollen av rättigheternas efterlevnad, en problematik som involverar en mängd rättspolitiskt intrikata frågor.

Paavo Kastari har i Suomen valtiosääntö både tagit avstånd från inrättandet av en särskild författningsdomstol och från ett överförande av den repressiva grundlagskontrollen på riksdagens grundlagsutskott. Han menar att domstolarna via praxis kan tillägna sig en faktisk lagprövningsrätt, vilken uppenbarligen även skulle innefatta rätt att åsidosätta grundlagsstridiga lagstänganden.⁶

Jag tror att denna åsikt inte kan godkännas utan vissa viktiga reservationer, som jag i det följande skall försöka utveckla.

För det första är det klart att det sakernas tillstånd som nu råder beträffande kontrollen av de medborgerliga rättigheternas efterlevnad i praxis inte är tillfredsställande. Domstolarna undviker att åberopa de medborgerliga rättigheterna i sina avgöranden. Vi har därför ingen rättspraxis som ens ytligt skulle precisera en enda av våra medborgerliga rättigheter. Följden av detta är att vi i vårt land saknar en egentlig grundrättighetskultur. Någon diskussion om vilka de specifika avgränsningskriterierna är för de enskilda medborgerliga rättigheterna förekommer överhuvudtaget inte och inte

⁵ Ingår i Rättspolitiska studier. En vänbok till Björn Kjellin. Kristianstad 1977.

⁶ *Paavo Kastari*: Suomen valtiosääntö, Helsinki 1977, ss. 355—360. För svensk rätts del enligt den nya RF behandlas lagprövningen på ett mycket intressant sätt av *Erik Holmberg*, bl.a. huvudsekreterare i grundlagberedningen, i »Några ord om domarnas roll i vårt politiska system». Ingår i Rättspolitiska studier, Kristianstad 1977.

heller har det förts någon diskussion om rättigheternas inbördes prioriteringsordning. Den juridiska utarbetningen av grundrättighetskatalogen är mao. till väsentliga delar utförd.

För det andra är de medborgerliga rättigheterna till sin juridiska karaktär sådana att den traditionella deduktiva argumentationsmodellen svårligen kan tillämpas med anseende å dem. Grundrättigheterna är styrda av värderingar, som antingen är explicit formulerade eller som indirekt kan härledas ur andra stadganden. Ett gott exempel på den värdestyrning som präglar de moderna grundrättigheterna utgör stadgandet i 2 kapitlet 13 § i den nya svenska RF:

Ingen av de fri- och rättigheter som avses i 12 § får begränsas utöver vad som i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt för tillgodoseende av det ändamål som har föranlett begränsningen. Sådan begränsning får aldrig sträcka sig så långt att den utgör ett hot mot den fria åsiktsbildningen såsom en av folkstyrelsens grundvalar.

Mycket tyder på att även vår nya grundrättighetskatalog, då den blir färdig, kommer att innehålla öppet redovisade värderingar i själva rättighetsstadgandena. Och en dylik värdestyrning kan helt enkelt inte undvikas för det fall att sociala, ekonomiska och kulturella rättigheter intas i katalogen.

Detta betyder att den juridiska argumenteringen om innehållet i de enskilda grundrättigheterna måste ta sin utgångspunkt i värdeavvägningar, intresseavvägningar och i en öppen målrational debatt om medlen för förverkligandet av dessa målsättningar (värden) samt om effekterna av olika lösningsalternativ. Grundrättighetsargumenteringen blir med nödvändighet kausalvetenskapligt orienterad.

Kastaris förslag att låta domstolarna via tolkning tillägna sig en faktisk lagprövningsrätt beträffande grundrättigheterna kan därför inte såsom sådant accepteras. Domstolarna är inte i sin nuvarande form lämpade att ta ställning till tolkning av de medborgerliga rättigheterna. Men om vi vill göra allvar av grundrättigheterna och samtidigt också bidra till att skapa en verklig grundrättighetskultur i detta land, måste vi naturligtvis även bygga upp ett verksamt kontrollsystem. Förvaltningsmyndigheterna är under inga omständigheter lämpliga instanser för avgörande av dylika tolkningsspörsmål. Grundrättigheterna ger medborgarna rättigheter gentemot förvaltningsmyndigheterna och de politiska organen (men kan i vissa fall även ge med-

borgarna rättigheter gentemot varandra). Det är därför en omöjlighet att ge grundrättighetskontrollen åt förvaltningsmyndigheterna, ty detta skulle skapa en situation, där dessa skulle kunna tvingas ta ställning mot sig själva. I det typiska fallet skapar en grundrättighet en rätt för den enskilde mot staten (kommunen), och det måste här finnas en tredje instans som avgör konflikten. I fråga om grundrättigheterna finns det inte några kompromissmöjligheter och den enskilde har ingen egentlig förhandlingsposition gentemot staten.

Domstolarna förefaller mao. att vara de enda instanser som inom det nu gällande systemet skulle kunna fungera såsom konfliktlösare i dylika lägen. Man kan se *domstolarna som representanter för samhället*, för de enskilda medborgarna i samhället, och i den mån domstolarna verkligen är oavhängiga av statsmakten och faktiska företrädare för samhället är de de naturliga instanserna för avgörandet av grundrättighetskonflikter. Det kan måhända tillfogas att domstolarna åtminstone beträffande civilrättsliga konflikter idag mera fungerar som representanter för samhället än för statsmakten. Domstolarnas *samhälleliga funktion* är alltså ingalunda någon nyhet.

En obegränsad rätt för domstolarna att i samband med grundrättighetstillämpningen utöva lagprövning är dock av principiella och författningspolitiska skäl otänkbar. Domstolarna kan inte ges befogenhet att sätta sig över riksdagen genom att åsidosätta lagar som av denna antagits. Däremot finns det knappast några hållbara invändningar mot att domstolarna uttryckligen befullmäktigas att tolka den vanliga lagstiftningen *författningskonformt*, dvs. i överensstämmelse med vad grundlagsstiftaren avsett. Jag har i annat sammanhang (Författningsdebattens nuläge, Oikeus 3/1977) påpekat att man bör göra en klar åtskillnad mellan å ena sidan *öppen normkonflikt* och å andra sidan *tolkningskonflikt*.⁷ Vid en öppen normkonflikt är det fråga om ett fall, då ett stadgande i vanlig lag står i uppenbar konflikt med ett grundlagsstadgande och där konflikten kan undanröjas antingen genom att ifrågavarande lagstadgande upphävs eller ändras eller genom att det aktuella grundlagsstadgandet justeras. Vid sådana öppna normkonflikter bör rimligen riksdagen kopplas in. Domstolarna kan naturligtvis inte ges rätt att åsidosätta av riksdagen godkända lagar, men de kan heller inte förpliktas att iaktta grundlagsstridiga stadganden. Närmast till hands ligger därför att domstolarna förpliktas att vid dylika konflikter hänskjuta ärendet till riksdagens

⁷ Lars D. Eriksson: Författningsdebattens nuläge, Oikeus 3/1977.

grundlagsutskott, som sålunda borde ges författningsrättslig kompetens att avgöra konfliktfallet.

Vid tolkningskonflikter är det åter fråga om fall där det aktuella lagstadgandet är så oklart att det ger utrymme för olika tolkningsalternativ. I dylika fall bör domstolarna ges rätt eller förpliktas att tolka stadgandet ifråga i överensstämmelse med det relevanta grundlagsstadgandet. Domstolarna bör mao. i regeringsformen explicit förpliktas att vid tolkningskonflikter välja det tolkningsalternativ som bäst överensstämmer med grundlagen. I praktiken skulle sålunda domstolarnas lagprövningsrätt aldrig kunna innefatta ett åsidosättande av en riksdagslag utan blott innebära att domstolarna, där detta är möjligt, tolkar den vanliga lagstiftningen utgående från de grundläggande värderingar och de basprinciper som finns fastslagna i grundlagen, i främsta rummet naturligtvis i kapitlet om de medborgerliga rättigheterna.

Domstolarna skulle därmed komma att handha det väsentliga ansvaret för utvecklandet av de medborgerliga rättigheterna i praktiken. De skulle tvingas att börja befatta sig med grundrättighetsproblematiken. Men detta förutsätter i sin tur att domstolarna även de facto integreras i samhället, dvs. att de framträder såsom organ för detta och inte såsom statsmaktens förlängda arm. Detta betyder å sin sida att domarutnämningarna måste handhas av samhälleliga organ och att möjligheter till utbyte av domare som ej åtnjuter samhälleligt förtroende måste skapas. Detta kräver givetvis ett nytänkande ifråga om domstolarna, men skall dessa alls överleva såsom allmänna konfliktlösningsinstanser är ett dylikt nytänkande nödvändigt. Alternativet kan knappast te sig särskilt lockande för någon.

Sammanfattningsvis konstaterar jag att:

- 1) domstolarna bör integreras i samhället, bli konfliktlösningsinstanser för samhället;
- 2) den traditionella värderationella argumenteringen i domstolarna (och inom juridiken överhuvud) bör kompletteras med en målrationell argumentering, som inte skyr argument om värderingar, intressen och övriga kausalvetenskapliga överväganden;
- 3) en etapp på vägen mot detta mål vore att ge domstolarna en begränsad lagprövningsrätt samt slutligen
- 4) på sikt ett förenhetligande av domstolssystemet är eftersträfvansvärt.

Mikael Hidén

Sananvapautta ja järjestyksenpitoa

Huomioita perusoikeussuojan ja kunnallisen säädösvallan suhteesta eräiden tapausten valossa

Joulukuun 6 päivänä 1976 iltapäivällä myivät eräät henkilöt poliittisiksi mielipidelehdiksi luonnehdittavia painokirjoituksia Helsingissä Sturenkatu 4 kohdalla jalkakäytävällä. Paikalle tulleet poliisimiehet ilmoittivat myyjille kyseessä olevan kaltaisen katukaupustelun edellyttävän kaupungin järjestyssäännön mukaan luvan hankkimista. Myöhemmin myyjille annettiin ko. ilman lupaa tapahtuneen myynnin johdosta rangaistusvaatimusilmoitukset. Rangaistusvaatimukset saatettiin maistraatin käsiteltäviksi. Maistraatin 20. 1. 1977 antamat päätökset kuuluivat tässä oleellisilta osiltaan seuraavasti:

»Maistraatti on tutkinut jutun ja katsoo selvitetyn, että syytetty... (NN)... on tässä kaupungissa 6 päivänä joulukuuta 1976 kadulla Sturenkatu 4:n kohdalla myynyt painotuotetta ilman lupaa. Tämän vuoksi ja koska painotuotteen myymistä on pidettävä ansiotoiminnan harjoittamisena riippumatta siitä, suoritetaanko irtomumeroiden myyjille palkkiota, maistraatti siihen nähden, ettei tässä jutussa ole kysymys painovapaudesta eikä muusta lehden myymisestä kuin irtomumeron myymisestä kadulla, harkitsee oikeaksi Helsingin kaupungin yleisen järjestyssäännön 24 ja 106 §:n nojalla tuomita... (NN)... päiväsakkoon tai...»

Maistraatin päätöksistä valitettiin Uudenmaan lääninhallitukseen. Lääninoikeus katsoi 27. 5. 1977 antamissaan päätöksissä enemmittä perusteluitta, ettei ollut syytä muuttaa maistraatin päätöksiä ja hylkäsi valitukset. Lääninoikeuden päätöksistä on valitettu Korkeimpaan hallinto-oikeuteen, jossa asian käsittely on tätä kirjoitettaessa kesken.¹

Samankaltaisia tapauksia esiintyi Helsingissä vuonna 1977 muitakin. Maaliskuun 5 päivänä 1977 myi eräs opiskelija kadulla Silta-saarenkadun ja Pitkäsillanrannan kulmauksessa Lokakuu-nimistä lehteä ilman lupaa. Kun hänelle ilmoitettu rangaistusvaatimus saatettiin maistraatin käsiteltäväksi, tuomitsi maistraatti hänet 19. 5. 1977 sakkoihin. Perustelut olivat samat kuin 20. 1. 1977 annetuissa pää-

¹ Ks. maistraatin päätökset Monosen, Laakian, Pirisen ja Pirisen asioissa sekä LO:n ko. asioissa antamat päätökset 11091, 11092 ja 11093.