

Juridiska institutionen

Examensarbete på juristprogrammet
höstterminen 2015, 30 högskolepoäng

Advokatens rättsskapande roll

En kartläggning

Victoria Kedner

Handledare: Filippo Valguarnera
Examinator: Merima Bruncevic



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

SAMMANFATTNING

Uppsatsen belyser advokatens rättsskapande roll i dispositiva tvistemål med stora advokatbyråer som företräder parterna på båda sidor. Jag tar avstamp i diskussionen om att domare skapar rätt genom praxis och bygger vidare på de resonemangen. Min tes är att de juridiska argument som domstolen presenterar när praxis utgör rätten på området, egentligen till viss del är argument framförda av parternas advokater. Jag anser att den amerikanska advokatbyråmodellen är en *legal transplant* i Sverige som för med sig en bild av en kreativ, rättsskapande och specialiserad advokatroll som smittar av sig på de svenska advokaterna. Advokatens rättsskapande roll syns inte lika tydligt i Sverige eftersom praxis inte är den främsta rättskällan här som i USA och eftersom domarens rättsskapande roll inte är lika självklar här som på andra sidan Atlanten. Advokaten har därför tagit den rättsskapande rollen i det dolda. Vidare hävdar jag att principen *jura novit curia* även i Sverige inte utgör gällande rätt i just denna typ av tvister och att principen därför inte är något som hindrar advokaten från att argumentera rättsligt och skapa rätt. Jag menar att det är de specialiserade advokaterna som har kunskapsövertaget i förhållande till de generaliserade domarna. Jag får ett visst medhåll, men står inte oemotsagd i intervjuer med praktiserande ombud och domare.

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

Sammanfattning	2
1. Marodörkartan	6
1.1. En kartläggning av advokatens rättsskapande roll.....	6
1.2. Syfte.....	7
1.3. Metod.....	8
1.3.1. Komparativ rättshistorisk metod.....	8
1.3.2. Empirisk metod.....	11
1.4. Material och forskningsläge.....	13
1.5. Teori.....	15
1.5.1. Legal transplants.....	15
1.5.2. Rättsformer.....	15
1.6. Avgränsningar.....	15
1.6.1. Civilprocess.....	15
1.6.2. Dom, ej förlikning.....	16
1.6.3. Lex mercatoria.....	16
1.7. Disposition.....	16
2. Advokatbyråns förvandling	18
2.1. Inledning.....	18
2.2. Kontinentaleuropeisk rättshistoria	18
2.2.1. Rättshistoria civil law.....	18
2.3. Engelsk rättshistoria.....	19
2.3.1. Rättshistoria common law.....	19
2.3.2. Det engelska ombudet - barristers och solicitors.....	20
2.4. Svensk rättshistoria.....	21
2.4.1. Den skandinaviska rättsfamiljens rättshistoria.....	21
2.4.2. Sakframställaren.....	22
2.4.3. Sveriges advokatsamfund.....	24
2.5. Den amerikanska advokatbyråns historia.....	25
2.5.1. Cravath-modellen.....	25
2.5.2. Internationalisering.....	26
2.6. De europeiska advokatbyråernas utveckling.....	26
2.6.1. Den kontinentaleuropeiska advokatbyråns utveckling	26
2.6.2. Den engelska advokatbyråns utveckling.....	27
2.6.3. Den svenska advokatbyråns utveckling.....	28
2.7. Amerikanisering.....	29
2.7.1. Specialistkunskap.....	30

2.7.2. Advokaterna skapar rätten, domarna är filtret.....	30
2.8. Legal transplant.....	31
2.8.1. Skaver med rättssystemet.....	32
2.8.2. Advokatens roll påverkas.....	32
3. Den rättsskapande amerikanska advokaten	33
3.1. Inledning.....	33
3.2. Den amerikanska advokatens egenskaper.....	33
3.3. Amerikanska advokater som rättsskapare.....	36
3.3.1. Advokater som skapar rätt i domstol.....	37
3.3.2. Upphovsrätt på inlagor.....	37
3.4. Den svenska advokatrollens amerikanisering.....	39
4. Praxis och domarens rättsskapande roll	41
4.1. Inledning.....	41
4.2. Sverige.....	41
4.2.1. Praxis.....	41
4.2.2. Domare som rättsskapande.....	43
4.3. USA.....	45
4.3.1. Praxis.....	45
4.3.2. Domare som rättsskapande.....	46
4.4. Ger skillnaderna utrymme för advokatens rättsskapande roll?.....	47
5. Jura novit curia – en annan trollformel	48
5.1. Innebörd.....	48
5.2. Rättshistoria.....	48
5.2.1. Det svenska rättssystemet bryter mönstret.....	49
5.3. En närbild av <i>jura</i>	50
5.4. Vem skapar rätten?.....	51
5.4.1. Domaren.....	51
5.4.2. Advokaten.....	51
5.5. Fyller principen sin funktion?.....	52
5.6. Ger jura novit curia utrymme för advokatens rättsskapande roll?.....	53
6. Intervjuer – en smula empiri	54
6.1. Inledning.....	54

6.2. Genomförande av intervjuerna.....	54
6.3. Tema 1: Karriär.....	54
6.4. Tema 2: Hantering av ett mål eller ärende.....	55
6.4.1. Ombud.....	55
6.4.2. Domare.....	56
6.5. Tema 3: Jura novit curia.....	59
6.6. Tema 4: Rättsskapande roller.....	62
6.7. Sammanfattning.....	66
7. Slutsatser - vad visar marodörkartan?	69
7.1. Sammanfattning.....	69
7.2. Advokatens argumentation – en rättsformant.....	71
7.3. Marodörkartan.....	72
Källförteckning	73

1. MARODÖRKARTAN

*"I solemnly swear that I am up to no good."*¹

1.1. En kartläggning av advokatens rättsskapande roll

Genom att yttra dessa ord – *"I solemnly swear that I am up to no good"* – och lätt röra det tomma pergamentet med trollstaven, så uppenbarar sig en detaljerad karta över hela Hogwarts, med små rörliga etiketter försedda med namn på de personer som befinner sig på slottet. Marodörkartan.

Jag vill också lova att jag ska hitta på rackartyg genom att kartlägga en roll advokaten² spelar i det svenska rättssystemet³ som kanske kan uppfattas som kontroversiell. Så genom att inleda med denna trollformel uppenbarar sig nu en karta i form av en uppsats, med etiketter som visar hur advokaten, och kanske även andra aktörer, rör sig i olika roller över pergamentet.

Numera kan man med en viss säkerhet konstatera att svenska domstolar skapar rätt genom prejudikat från högre instanser.⁴ Kanske skapas även rätt i lägre instanser och på myndigheter. Visserligen är inte praxis en bindande rättskälla,⁵ men det anges trots allt vanligtvis som den tredje rättskällan i den traditionella så kallade rättskällehierarkin.⁶

Om det inte finns svar i de tidigare rättskällorna i hierarkin, så skapar domstolen rätten genom sitt avgörande. Trots att denna rätt, som inte skapats av den mytomspunna lagstiftaren, inte är bindande, åtföljs den. Särskilt om den har formen av ett prejudikat. Men i och med att den inte är bindande finns det förstås alltid utrymme för argumentation, som kan upplevas större än i fråga om bindande lagstiftning.

¹ Rowling, J. K., *Harry Potter and the Prisoner of Azkaban*, Bloomsbury, London, 1999, s. 203.

² I uppsatsen kommer jag att använda mig av termen advokat när jag talar om de som arbetar med att driva mål i domstol för en klient. Men det kan givetvis också vara ett ombud som inte är advokat som driver målet i domstol och jag använder mig även av termen ombud i uppsatsen.

³ Jag använder mig av begreppet "rättssystem" för att det är ett etablerat begrepp och (i ärlighetens namn) för att det är enkelt. Trots det är jag medveten om det problem som finns i att benämna det för ett system och i att över huvud taget kunna veta eller se vad som är ett system och när det skiljer sig från ett annat så kallat rättssystem. Se Valguarnera, Filippo, *Den komparativa metoden* i Korling, Fredric, Zamboni, Mauro (Red.) *Juridisk metodlära*, Lund, Studentlitteratur, upplaga 1:4, 2013, s. 147 ff..

⁴ Munck, Johan, *Högsta domstolen som normbildare*, i Wersäll, Fredrik m.fl. (Red.), *Svea hovrätt 400 år*, Stockholm, Norstedts Juridik AB, upplaga 1:1, 2014, s. 187.

⁵ Munck s. 187.

⁶ Se om Lehrbergs, Strömholms och även Peczeniks åsikter om hur rättskällehierarkin ser ut i Svensson, Eva-Maria, *Boundary-Work in Legal Scholarship*, i Gunnarsson, Åsa, Svensson, Eva-Maria och Davies, Margaret (Red.), *Exploiting the Limits of Law: Swedish Feminism and the Challenge to Pessimism*, Hampshire, England, Ashgate Publishing Limited, 2007, s. 36.

Bakom termen ”domstolen” som jurister, och även jag, så ofta hasplar ur sig, gömmer sig en eller flera domare som kan identifieras som de rättsskapande subjekten. Med en annan trollformel – *jura novit curia* – antar man lugnt att domstolen, eller för all del domarna, vet precis allt om den rätt som finns på området och kanske till och med hur rätten måste skapas när den inte finns.

Stora krav ställs på domarna genom denna princip som faktiskt inte tycks vara magisk. Jag vill hävda att det inte alla gånger är domarna som skapar rätten, utan att det snarare görs av specialiserade advokater, verksamma i stora, amerikaniserade advokatbyråer, som besitter mer detaljerad och teknisk kunskap än både domare och akademiker. De argument som dessa advokater presenterar för domstolen i specialiserade frågor, är det som domarna sedan tar fasta på när de kommer till ett beslut om hur de ska döma.⁷ Domarna blir på så vis ett filter mellan advokaten och den rättsskapande rollen.

1.2. Syfte

Uppsatsens syfte är att belysa advokatens rättsskapande roll genom att svara på frågan om advokater kan skapa rätt i domstolen i ett dispositivt tvistemål, i och med att deras juridiska argument plockas in i domen.

Det kommer jag att göra genom att försöka svara på frågan om hur den svenska advokatrollen har förändrats i samband med det som kan ses som en amerikanisering av de svenska advokatbyråerna. Min uppfattning är att influenser från det amerikanska rättssystemet bidrar till att den svenska advokaten mer och mer liknar den amerikanska och intar en rättsskapande roll. Jag kommer därför även att undersöka hur den amerikanska advokatrollen ser ut i rättsskapande hänseende samt om och hur den svenska advokaten härmar den amerikanska.

För att den amerikanska advokatbyråmodellen och advokatrollen ska kunna fungera på ett liknande sätt i Sverige som den gör i USA, får det inte finnas för stora skillnader mellan de båda rättssystemen i detta sammanhang. Därför kommer jag vidare att undersöka hur skillnaden ser ut i fråga om hur man ser på praxis och domarrollen som rättsskapande i Sverige och USA. Jag kommer även att undersöka principen *jura novit curia* och hur advokatens rättsskapande roll förhåller sig till denna princip, som finns i Sverige men inte i USA.

Dessa punkter är de som jag ser som de kritiska och som i första hand kräver utredning. Eftersom jag vill hävda att den domarskapade rätten faktiskt kan vara advokaternas argumentation, så uppstår ett direkt samband till frågorna om hur man i de två rättssystemen ser på praxis och domarens rättsskapande roll. Vidare utgör *jura novit curia* potentiellt ett hinder

⁷ Jämför Petersen, Clement Salung, *Treaties in Domestic Civil Litigation: Jura Novit Curia?*, Nordic Journal of International Law, Vol. 80, Nr. 3, 2011, s. 372-374 för en motsvarande diskussion i Danmark och se Danowsky Peter, *Några självklarheter om advokatens roll i rättsstaten*, publicerad i Advokat – Ett yrke i närbilder, Sveriges advokatsamfund, 1985, i Danowsky, Peter, *Advokatycket, upphovsrätten och yttrandefriheten – en artikelsamling*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2012, s. 27 om hur advokaten är en förmån för beslutsfattande myndigheter då advokaten besitter specialistkunskap och hjälper myndigheten genom att lägga fram ett välargumenterat beslutsunderlag.

för advokaten att alls föra rättslig argumentation, eftersom principen inbjuder advokaten till att enbart lägga fram omständigheterna och domarna till att sköta det rättsliga. Jag vill inte utesluta att det kan finnas fler skillnader eller kritiska punkter mellan USA och Sveriges rättssystem som är relevanta att utreda, men jag menar att de som uppsatsen behandlar är de mest akuta att undersöka.

Att utreda om advokater skapar rätt är viktigt eftersom vi i Sverige anses vara bundna av rättskällevärdet som innebär att vi ska sätta skriven lag som den främsta rättskällan, därefter vanligtvis förarbeten, sedan praxis, efter det doktrin och sen kanske till och med sedvana eller avtal.⁸ Man kan på rättskällevärdet se att ju högre upp i trappan man befinner sig, desto mer är normerna ett ursprung ur statens lagstiftningsprocess som bygger på att vi i en demokrati tillsammans bestämmer vilka lagar som ska gälla. Lagarna är då av högst dignitet. Sedan kan man på ett trappsteg ner, förarbeten, undersöka vad som diskuterades när dessa lagar skulle stiftas. Inom detta steg finns ytterligare en hierarki – ju närmare den slutliga lagen förarbetet tidsmässigt befinner sig, desto högre dignitet.

Ytterligare ett trappsteg ner finner man praxis från domstolarna som visserligen är producerade av statliga organ, men där det inte på samma sätt finns en bakomliggande demokratisk grund. Först efter det kan man leta efter en juridisk lösning i rättskällan doktrin. Men talar doktrin tvärt emot lagstiftningen så måste man lita till den främsta källan, vilket innebär lagen. Akademiker tillför visserligen nytta för rättstillämpningen på universiteten, men den rättskälla de arbetar fram skapar de utan demokratiskt stöd, likt domstolen. Akademikerna har inte heller på samma sätt som till exempel domstolen ett uttalat ansvar som innebär att andra juridiska organ har en stark motivation att följa den rätt de skapar. Till sist finner vi de rättskällor som skapas av helt privata aktörer; sedvana och avtal.

Eftersom uppfattningen om att gällande rätt främst skapas av lagstiftaren är särskilt stark i Sverige, är det till viss del kontroversiellt att se domaren som en rättsskapande aktör.

Jag vill gå längre än så och belysa att det faktiskt finns helt privata aktörer – advokater – som kan agera som rättsskapare. Det finns alltså en ouppmärksam rättskapande aktör som inte har fått befogenheten att skapa rätt utan har tagit den, i det tysta, i stort sett ouppmärksam.

1.3. Metod

1.3.1. Komparativ rätthistorisk metod

I uppsatsen används komparativ metod⁹ med rätthistoriska inslag för att jämföra den svenska och amerikanska regleringen av hur advokater på stora advokatbyråer har en rättsskapande roll.

⁸ Svensson s. 36.

⁹ Zweigert, Konrad, Kötz, Hein, översatt av Weir, Tony, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, tredje reviderade upplagan, 1998, s. 33 ff.

Eftersom uppsatsen gör gällande att de svenska advokatbyråerna har influerats av de amerikanska och att den amerikanska advokatbyråmodellen är en *legal transplant*¹⁰, så har jag valt att jämföra just amerikansk rätt med svensk rätt. Detta för att få en bild av vad den amerikanska modellen är för något och vad den får för effekter i det svenska rättssystemet. Jag har även jämfört svenska advokatbyråer med europeiska för att visa att Sverige inte har varit isolerat, utan tar intryck av omvärlden när advokatbyråmodellen utvecklas och för att se att amerikaniseringen inte enbart påverkat Sverige.

Eftersom advokatens rättsskapande roll inte finns uttalad i någon av de främsta rättskällorna i USA och Sverige, så kommer den komparativa delen av uppsatsen innebära att jämföra de *företeelser* som inverkar på advokatens rättsskapande roll. Jag använder därför inte den komparativa metoden för att undersöka en tydlig regel som går att finna i till exempel lagtext, förarbeten eller praxis. I stället var jag tvungen att se förbi de ordinära rättskällorna och i stället se till det som påverkar advokatens rättsskapande roll. Uppsatsen jämför därför *advokatbyråmodellen* som får direkt inverkan på advokaterna. Även *processtypen, domarens och praxis roll, utbildningen av jurister* samt *principer* i domstolen i de båda länderna kommer att jämföras eftersom dessa fenomen påverkar advokatens rättsskapande roll.

Vad jag vill jämföra är alltså inte enbart ”the black letter law”, vilket är konsekvent med uppsatsens övergripande syfte att granska advokaternas informella rättsskapande roll. På grund av det, så kan jag känna mig fri från att vara bunden av de traditionella svenska rättskällorna. Uppsatsen får på så vis ett mer öppet perspektiv till sådant som kan upplevas främmande i rättskällevärdet, men som påverkar juridikens aktörer och därigenom juridiken själv.¹¹

Redogörelserna för hur advokatbyråerna ser ut och har utvecklats samt hur domarrollen och processtypen ser ut i respektive land presenteras var för sig och inte i ett sammanhang. Syftet är att undvika att tolka in värderingar i en direkt jämförelse och för att hålla mig objektiv i de beskrivande delarna.¹² Sedan används resultatet av den komparativa undersökningen i fråga om advokatbyråmodellerna, advokatrollen och rättsfamiljerna dels till att illustrera påverkan i Sverige och resten av Europa av den amerikanska advokatbyråmodellen och dels som bakgrund för resten av uppsatsen.

När jag har identifierat de skillnader som sedan finns mellan systemen och som eventuellt skulle kunna utgöra hinder för att advokaten kan ha en rättsskapande roll i Sverige, så undersöker jag dessa skillnader för att se om de utgör problem och hur omfattande de i så fall visar sig vara.

För att kunna förstå de skillnader som finns mellan det amerikanska och svenska rättssystemet och varför det uppstår annorlunda effekter i Sverige än vad det gör i USA när den amerikanska advokatbyråmodellen blir vanlig, behöver jag gå tillbaka i historien. Jag använder mig därför

¹⁰ Se om begreppet i avsnitt 1.5.1 samt 2.8 nedan.

¹¹ Jämför Zweigert och Kötz s. 34-35 om hur man med fördel ska undvika begränsningar man ärver från sitt eget system när man undersöker ett annat rättssystem, då särskilt rättskällevärdet.

¹² Zweigert och Kötz s. 43.

av komparativ metod med rättshistoriskt inslag för att utreda hur *common law*, *civil law* och den skandinaviska rättsfamiljen har utvecklats och på vilket sätt de ser på rätten och rättskällorna. Jag undersöker även ombudens historia för att se om det finns bakomliggande skillnader i hur ett svenskt och ett amerikanskt ombud är och uppfattas.

Jag använder även det rättshistoriska inslaget i metoden för att undersöka hur advokatbyråerna såg ut förr och var och när en förändring ägde rum. Då man kan se att förändringen i form av en ny typ av byrå ägde rum i USA, kan jag även undersöka varför och på vilket sätt den sedan spred sig över Europa. Man kan även se hur byråerna historiskt har liknat varandra och sedan påverkar varandra när förändringen ägde rum.

Genomgående i uppsatsen förhåller jag mig också kritisk till att det ska finnas en ren rättskällelära som pekar ut en uttömmande hierarkisk lista med rättskällor, jag utgår med andra ord från ett perspektiv som kan betraktas som antidogmatisk. Jag vill visa att det finns annat, som inte omfattas och som inte kan passa in i rättskälleläran, men som trots allt påverkar juridiken. Jag förhåller mig på så sätt kritisk till att det skulle finnas *en* lagstiftare som skapar all rätt, jag menar att det finns andra aktörer som faktiskt verkar rättsskapande. En viktig poäng med att vara komparativ är att man är antidogmatisk eftersom man ställer sig utanför de system man jämför och ser att de givna, dogmatiska rättskällorna i systemen ser olika eller lika ut och därför inte är absoluta.¹³

Man kan då se att det fenomen som ett system kallar för en rättskälla är uppbyggt av mer än en ren beståndsdel, när man lyfter blicken och jämför med ett annat systems rättskällor. Den komparativa metodens antidogmatism visar sig också genom att man kan undersöka varför olika rättsliga system värderar samma rättskälla, till exempel praxis, olika högt. Det beror på just dessa beståndsdelar som kan vara till exempel rättshistoriska eller politiska och som går att se om man jämför systemen. Man kan då slå sig loss från de rättsdogmatiska bojorna som binder fast juristerna vid de traditionella rättskällorna. Komparativ rättshistorisk metod innebär därför att vara kritisk och antidogmatisk i förhållande till sin egen rättsordning.

Jag förstår dock att den rättsdogmatiska synen på rätten är den som råder i det svenska rättssystemet och att det finns ett värde i att man tillsammans kan vara överens om hur vi legitimerar vad som är rätt eller juridik. Vad jag genom uppsatsen vill visa är att det inte är så enkelt, trots den allmänna uppfattningen, till exempel eftersom advokater kan skapa rätt. Jag vill visa något som den rättsdogmatiska metoden inte kan hjälpa oss att se. Jag vill belysa en del av det komplexa med att fastställa vad rätten är och hur den skapas.

¹³ Valguarnera (*Den komparativa metoden*) s. 155 ff. och Sacco, Rodolfo, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, 1991, s. 25 med citatet: ”*The comparative method is thus the opposite of the dogmatic.*”. Se även Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod* i Korling och Zamboni, s. 40 f. som tvärt om menar att den komparativa metoden skulle vara en del av den rättsdogmatiska.

1.3.2. Empirisk metod

Jag använder mig av empirisk metod i form av intervjuer med ombud och domare. Dessa bör rimligen kunna bidra med spännande insikter om uppsatsens ämne. Domare och ombud är de som bör ha den bästa uppfattningen av min tes om att advokater skapar rätt i domstolen, eftersom de är de yrkesroller som agerar rättsskapande eller som ett filter när de stöter på en rättsskapande advokat.

Syftet med intervjuerna har huvudsakligen varit att se hur domare respektive ombud uppfattar advokatens rättsskapande roll. Underordnade syften är även att ta reda på hur de ser på jura novit curia och domare som rättsskapare.

Urvalet av respondenter gjordes på så sätt att jag gärna ville ha minst en respondent från domstolen som arbetar med dömande verksamhet i tvistemål, med stora parter på båda sidor. Jag ville även ha minst en respondent från en stor advokatbyrå som arbetar med tvistelösning och som varit i domstol. Det eftersom jag ville se hur de två rättsliga aktörerna som min uppsats behandlar uppfattar advokaten och även domaren som rättsskapande. Särskilt intressant är det att se om de har olika uppfattning om sina respektive roller och om varandra.

Jag vände mig till hovrätten för Västra Sverige, en av de största advokatbyråerna i Sverige och juridiska institutionen på Göteborgs universitet. Anledningen till att jag vände mig till just dessa platser är att jag i två av fallen själv har arbetat där och därför hade lättare att få kontakt med någon jag redan kände som kunde höra sig för om det fanns personer som ville ställa upp på intervju. På universitet studerar jag och jag kunde därför få kontakt med en universitetslektor där som jag visste har arbetat både som advokat och som domare. Advokatbyrån är en bra plats att finna respondenter på eftersom den är en av Sveriges största och den då bör ha flera likheter med en amerikansk advokatbyrå.¹⁴ De båda respondenterna på hovrätten är också särskilt bra eftersom de har arbetat både på tingsrätt och hovrätt och därför kan svara på frågor om båda domstolarna. Respondenten på universitetet är intressant eftersom han har erfarenhet av tre yrkesroller; domare, advokat och akademiker. Urvalet av personer på respektive plats gjordes efter de som har erfarenhet av tvister i domstol mellan två stora byråer och de av dem som kunde tänka sig att ställa upp på en intervju.

Sex personer ställde upp som respondenter; två domare som dessutom är lagmän på hovrätten för Västra Sverige, tre jurister som arbetar i tvistelösninggruppen på en av Sveriges största advokatbyråer (som önskar vara anonyma) och en universitetslektor på juridiska institutionen på Göteborgs universitet som har arbetat som domare och advokat. Intervjuerna har ägt rum på respektive lagmans tjänsterum på hovrätten, i ett konferensrum på advokatbyrån och på universitetslektorns tjänsterum på universitet. Intervjuerna spelades i alla fall utom ett in efter medgivande av respondenterna. Efter det, med hjälp av inspelningarna, skrev jag ner vad som sades på intervjuerna och i det fall jag inte spelade in intervjun antecknade jag vad som sades

¹⁴ Se kapitel 2 nedan om varför stora svenska advokatbyråer tenderar att likna stora amerikanska byråer.

under intervjuens gång. Sedan har jag valt att presentera de delar av intervjuerna som varit av intresse för uppsatsen.

När det gäller intervjuerna av de tre juristerna på advokatbyrån, så valde jag att intervjua dem tillsammans. Det gjorde jag eftersom de inte hade arbetat på byrån så länge att de hade en motsvarande erfarenhet som domarna hade av dömande verksamhet. Jag gjorde då bedömningen att intervjun skulle ge mer information om de kunde hjälpa varandra och slå ihop sina erfarenheter. För att undvika att de skulle känna någon form av gruppträck från de andra personerna, så turades de under intervjun om med att börja svara på frågorna.¹⁵

Intervjuerna på hovrätten och universitet gjordes var för sig med en respondent i taget. Sammantaget genomfördes då fyra intervjuer med totalt sex respondenter.

Intervjuerna har varit upplagda på så sätt att de har omfattat fyra temata. Dessa temata har varit hur deras juridiska karriär har sett ut, hur det går till när ett mål eller ärende hanteras, hur de ser på *jura novit curia* samt hur de ser på domare och advokater som rättsskapare och om de anser att uppsatsens tes håller. Intervjuerna tog i genomsnitt ungefär 45 minuter, den kortaste varade i 30 minuter och den längsta i ungefär en och en halv timme. Hur länge intervjun ägde rum berodde på hur mycket respondenten hade att säga om varje tema och hur mycket tid de kunde avsätta.

Intervjuerna som förekommer i uppsatsen är av kvalitativ karaktär och som nämnts enbart fyra stycken. Anledningen till att jag har valt kvalitativ metod över kvantitativ är att jag under den tid som finns till mitt förfogande ville göra ett fåtal djupa intervjuer hellre än en mängd ytliga. Vidare passar inte den typen av frågor jag vill ställa i en enkät eller kort intervju, utan de är av karaktären att de får de bästa svaren om respondenten får ta god tid på sig att tänka efter för att svara och följas upp av följdfrågor eller önskemål om att utveckla resonemang som förs. Att det rör sig om så få intervjuer innebär förstås att det är osäkert att dra generella slutsatser av resultaten av dem. Snarare kan det ses som något som talar i riktning mot att tesen uppsatsen ställer upp kan ha stöd i praktiken eller inte.

Intervjuerna följer den kvalitativa forskningsintervjun som i korthet innebär att respondenten ska förhålla sig till ett antal huvudpunkter och att det viktiga är att förstå innebörden av vad respondenten säger snarare än att ta dem på orden.¹⁶

Intervjuerna har varit av halvstrukturerad karaktär, vilket innebär att man inte helt strikt följer upp fråga efter fråga efter respondentens svar, utan att intervjun i stället kommer att likna ett öppet samtal. Men det finns ändå teman och frågor som jag höll mig till för att styra samtalet. Denna mer fria struktur användes för att få respondenterna att känna att de fick lov ta plats och utveckla samtalet åt det håll de kände att det bar åt. På så sätt hoppas jag att de fick utrymme

¹⁵ Ekholm, Mats, Fransson, Anders, *Praktisk intervjuteknik*, Norstedts Förlag AB, Stockholm, fjärde omarbetade upplagan, 1992, s. 69-71.

¹⁶ Kvale, Steinar, Brinkmann, Svend, översatt av Torhell, Sven-Erik, *Den kvalitativa forskningsintervjun*, Studentlitteratur, Lund, tredje reviderade upplagan, 1997, s. 34 ff.

att säga vad de spontant tänkte på och inte hämmades av för snäva och styrda frågor.¹⁷ Därför har jag inte i alla intervjuer ordagrant ställt samma frågor till alla respondenter.

1.4. Material och forskningsläge

Såvitt jag har kunnat se finns det inget skrivet om advokatens rättsskapande roll i svensk rättsvetenskaplig litteratur. Jag har därför fått förhålla mig till amerikansk litteratur och även till litteratur om svensk rätt som behandlar domarens roll som rättsskapande. Det har gjort arbetet utmanande men samtidigt spännande.

Den text jag har funnit närmast tangera mitt ämne är Peter Danowskys artikel *Några självklarheter om advokatens roll i rättsstaten*,¹⁸ där författaren kort redogör för advokatens roll på ett intressant sätt. Danowsky skriver att advokaten är en förmån för beslutsfattande myndigheter då advokaten lägger fram myndighetens beslutsunderlag genom att besitta specialistkunskap och presentera genomarbetade argument. I en annan artikel i samma artikelsamling lyfter Danowsky det faktum att advokater är mer specialiserade än domare,¹⁹ och i ytterligare en artikel att advokater har en särskild kunskap om lagar och förordningar, erfarenhet av hur de tillämpas, insyn i missförhållanden och kännedom om obalans mellan starka och svaga parter.²⁰ Men där stannar Danowskys resonemang och jag plockar genom uppsatsen upp denna tråd och spinner vidare.

Den svenska, mer omfattande, litteratur som ligger närmast mitt ämne och som jag har förhållit mig till är den som handlar om domaren som rättsskapare. Jag har då läst Johan Muncks text *Högsta domstolen som normbildare*.²¹ Sedan har jag även läst en diskussion som förs om ämnet i SvJT av bland andra Fredrik Wersäll i artikeln *En offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning*. i SvJT 2014 s. 1 som är kritisk till att HD skapar rätt och Ola Wiklunds replik på Wersälls artikel i SvJT 2014 s. 335, *Om Högsta domstolens rättsskapande verksamhet – löper domstolen amok?* som menar att HD skapar rätt och att det hänger samman med europeiseringen. Jag har även läst Per Henrik Lindbloms *Domstolarnas växande samhällsroll och processens förändrade funktioner – Floskler eller fakta?* i SvJT 2004 s. 229, som ger en gedigen bakgrund i frågan om utvecklingen av domstolarnas roll och funktioner. Jag valde att läsa dessa texter eftersom de är tämligen aktuella och då vissa av dem dessutom förs i en debattform och svarar på och förhåller sig till varandra. Då erhåller man en bred bild av ämnet där flera olika synvinklar lyfts fram.

¹⁷ Ställvik, Olof, *Domarrollen – Rättsregler, yrkeskultur och ideal*, Jure förlag AB, Stockholm, 2009, s. 202-203.

¹⁸ Danowsky (*Några självklarheter om advokatens roll i rättsstaten*) s. 27.

¹⁹ Danowsky Peter, *Kvalitet i dömandet*, publicerad i Juridisk Tidskrift nr 3, 1998-1999, i Danowsky, Peter, *Advokatycket, upphovsrätten och yttrandefriheten – en artikelsamling*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2012, s. 56-57.

²⁰ Danowsky Peter, *Advokaternas förhållande till massmedia*, publicerad i Advokaten nr 8, 1987, i Danowsky, Peter, *Advokatycket, upphovsrätten och yttrandefriheten – en artikelsamling*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2012, s. 29.

²¹ Wersäll, Fredrik, Hirschfeldt, Johan, Eka, Anders, Fura, Elisabet, Modéer, Kjell Å (Red.), *Svea hovrätt 400 år*, Stockholm, Norstedts Juridik AB, upplaga 1:1, 2014, s. 187-198.

Jag vill dock påpeka att diskussionen i huvudsak rör Högsta domstolen, men att jag inte nödvändigtvis vill stanna där i uppsatsen. Jag är i stället öppen för att även hovrätter och tingsrätter kan vara rättsskapande och hämta juridisk argumentation från advokaterna. Kanske är det till och med i de lägre instanserna vanligare att det händer än i Högsta domstolen, som har en annan roll som mer går ut på att de ska fundera själva på hur rätten ska tillämpas och skapas.

På den amerikanska sidan har jag funnit en del litteratur i frågan om advokater har en rättsskapande roll i domstolen. Jag har utgått från Edward D. Res tidiga artikel *The Lawyer as a Lawmaker*²² från 1966 som på ett för mig relevant sätt argumenterar för att advokater skapar rätt i domstolen, men den handlar förstås om USA på 1960-talet. Vidare har jag funnit en del intryck i Bruce H. Kobayashi och Larry E. Ribsteins artikel *Class Action Lawyers as Lawmakers*²³ som på ett indirekt sätt handlar om advokaten som rättsskapare, eftersom den handlar om att advokater borde få upphovsrätt på sina inlagor till domstol som kan komma att kopieras av domstolen och andra advokater.

När det gäller den rättshistoriska delen av uppsatsen var det svårt att finna något skrivet om de svenska advokatbyråernas uppbyggnad innan 1980-talet. Det innebar att jag fick göra vissa antaganden genom att jämföra med advokatbyråer i *civil law*-länder och dra egna slutsatser från att det exempelvis inte talas om advokatbyråer före 1800-talet. En slutsats var att det då kanske inte fanns advokatbyråer på samma sätt som nu eftersom advokat inte verkade vara ett heltidsyrke.

Jag har litat till sekundärkällor i flera fall när jag undersökt hur lagstiftning och offentligt tryck varit utformade förr i tiden, för att undvika att hindras av att jag har svårt att hitta i och förstå den gamla rätten.

När det gäller komparativ rätt och de delar av uppsatsen som behandlar grundläggande skillnader mellan de olika rättsfamiljerna *common law*, *civil law* och den skandinaviska rättsfamiljen, så har jag utgått från Zweigert och Kötz bok *An Introduction to Comparative Law*.²⁴ Trots att boken har några år på nacken så är den aktuell på så sätt att bakgrunden till hur rättsfamiljerna ser ut och varför, står sig även om tiden går.

För att redogöra för hur de större svenska advokatbyråerna ser ut idag och även för deras historia, har jag valt ut åtta advokatbyråer som jag använder som konkreta exempel. Advokatbyråerna jag har valt är Mannheimer Swartling, Vinge, Lindahl, MAQS, Setterwalls, Wistrand, Delphi och Glimstedt. Jag valde just dessa byråer för att de är några av de största i Sverige och liknar på så vis den amerikanska advokatbyrån mest. Det finns fler svenska

²² Re, Edward D, *The Lawyer as a Lawmaker*, American Bar Association Journal, Vol. 52, 1966.

²³ Kobayashi, Bruce H., Ribstein, Larry E., *Class Action Lawyers as Lawmakers*, Arizona Law Review Vol. 46:733, 2004.

²⁴ Zweigert, Konrad, Kötz, Hein, översatt av Weir, Tony, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, tredje reviderade upplagan, 1998.

affärsjuridiska byråer, men jag valde att använda mig av byråer som har fler än 100 anställda jurister för att begränsa exemplifieringen till de allra största. De finns även fler än dessa åtta som har fler än 100 anställda jurister, men jag valde helt enkelt att sätta en gräns när jag kommit upp i åtta välkända stora byråer, eftersom jag anser att åtta konkreta exempel är tillräckligt många för att man ska kunna se ett mönster.

Jag har hämtat en hel del inspiration kring empirisk metod och hur jag skulle genomföra och presentera intervjuerna ur Olof Ställviks avhandling *Domarrollen*,²⁵ eftersom boken använder sig av empirisk metod i en undersökning av en juridisk yrkesroll och det liknar min egen undersökning.

1.5. Teori

1.5.1. *Legal transplants*

Som verktyg för att kunna se på den amerikanska advokatbyråmodellens inträdande i svensk rätt har jag valt Allan Watsons teori om *legal transplants*, som berör hur rättsregler och rättsinstitut förflyttas från ett rättssystem till ett annat.²⁶ Jag vill använda teorin på ett utökat sätt som innebär att den amerikanska advokatbyråmodellen, som inte är en rättsregel, kan ses som en *legal transplant* i Sverige. Det för att kunna se om byråmodellen får andra effekter i Sverige än vad den har i USA, eftersom det finns skillnader mellan de två rättsordningarna.

1.5.2. *Rättsformanter*

Jag använder även Rodolfo Saccos teori om rättsformanter (*legal formants*) för att kunna klassificera advokatens argumentation när den påverkar, och till och med kan utgöra, den domstolsskapade rätten i form av praxis.²⁷ Jag använder alltså teorin för att kunna beskriva vad den rättsskapande advokatens juridiska argumentation utgör, eftersom denna utan att utgöra en rättskälla faktiskt påverkar rätten.

1.6. Avgränsningar

1.6.1. *Civilprocess*

Uppsatsen är avgränsad till att behandla advokatens rättsskapande roll i civilprocessen, vilket utesluter straffprocess och förvaltningsprocess. Vidare kommer den inte heller att beröra indispositiva tvistemål. Anledningen är att det i de dispositiva tvistemålen finns ett tydligare

²⁵ Ställvik, Olof, *Domarrollen – Rättsregler, yrkeskultur och ideal*, Jure förlag AB, Stockholm, 2009.

²⁶ Ewald, William, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 43, 1995, s. 498 och 492-496; Legrand, Pierre, *The Impossibility of 'Legal Transplants'*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, s. 112 samt Watson, Alan, *The Birth of Legal Transplants*, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 41, Issue 3, 2013, s. 606-607.

²⁷ Sacco, Rodolfo, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, 1991.

utrymme att skapa rätt. Straffrätten med sin legalitetsprincip gör det svårare för domstolen att skapa rätt. Här kräver rättssäkerheten för de som åtalas för brott att domstolen inte kan skapa nya regler som innebär att man kan dömas på ett nytt sätt. Vidare förutsätter min argumentation att det finns ombud på båda sidorna av tvisten som på ett jämbördigt sätt kan argumentera för hur rätten ska se ut. I både straffrätten och förvaltningsprocessen företräds inte båda sidor av en stor, amerikaniserad advokatbyrå, utan på ena sidan finns typiskt sett antingen en försvarsadvokat eller inget ombud alls och på andra sidan staten, i straffprocessen i form av en åklagare. Vidare är den indispositiva tvistemålsprocessen inte lika mycket upp till parterna som den dispositiva processen, eftersom parterna inte är lika fria att sätta processens ramar.

I och med att jag vill studera hur parternas ombud skapar rätt genom sina argument och presenterar dem för en relativt inaktiv domstol i ackusatorisk anda, så passar de dispositiva tvistemålen bäst för uppsatsens syfte. I den dispositiva civilprocessen kan ombuden i störst omfattning utnyttja sin kreativitet.

1.6.2. Dom, ej förlikning

Jag avgränsar mig också till den rätt som advokaterna skapar i domstolen när en dom meddelas och bortser från förlikningar och överenskommelser. Dessa är svårare att knyta till en rättskälla och gör inte heller samma anspråk på att vara rättsskapande. När en dom meddelas agerar domaren som ett filter. Advokaternas argument får en speciell typ av legitimitet genom att de lyfts i domen. Visserligen kan man se det som att även förlikningar kan bidra till rättsutvecklingen, exempelvis genom att utforma sedvanor inom en viss näringsverksamhet. Det innebär dock metodologiska och teoretiska komplikationer som jag inte kan hantera inom denna uppsats begränsade ram.

1.6.3. Lex mercatoria

Avgränsningarna omfattar också den så kallade lex mercatoria, den rätt som advokater skapar på en internationell, statslös nivå åt stora aktörer som sluter avtal med varandra. Lex mercatoria förutsätter att det inte finns någon överordnad stat och därav finns det inget domstolssystem. Jag är mer intresserad av att se hur domstolarna godkänner advokaternas rätt och på så vis legitimerar deras rätt inom en stat, i det här fallet Sverige.

1.7. Disposition

Jag vill belysa att advokatrollen i det svenska rättssystemet är rättsskapande, om än i det dolda. (kapitel 1) För att visa på det vill jag börja med att peka på att en förändring har skett genom amerikaniseringen av advokatbyråerna i Europa. Denna amerikanska advokatbyråmodell vill jag se som en *legal transplant*. (kapitel 2) Amerikaniseringen av byråerna vill jag hävda påverkar andra fenomen, närmast ligger det byråns beståndsdel; advokaterna. Därför vill jag även undersöka advokatens rättsskapande roll i USA och se om den svenska advokatrollen har kommit att likna den amerikanska. (kapitel 3) Advokaterna skapar rätten i domstolen genom sin argumentation och min teori är att rättskällan praxis då innehåller advokaternas skapade rätt.

Jag vill därför undersöka vad praxis är i respektive land och se om skillnaden utgör ett hinder för advokatens rättsskapande roll i Sverige. Jag vill också undersöka domarens rättsskapande roll i de båda länderna och se om denna skillnad utgör ett hinder för advokatens rättsskapande roll. (kapitel 4) Man stöter på en viktig skillnad mellan Sverige och USA; principen jura novit curia. Denna princip vill jag också undersöka för att se om bilden av den har förändrats i Sverige av den amerikanska advokatbyråmodellens inträde. (kapitel 5) För att få uppsatsen att bli något mer än mina egna teorier och tyckanden utför jag intervjuer med domare och ombud för att se om deras åsikter stöder min teori om advokaten som rättsskapare. (kapitel 6) Till sist sammanfattar jag de slutsatser jag drar och resonerar kring advokatens rättsskapande roll. (kapitel 7)

2. ADVOKATBYRÅNS FÖRVANDLING

2.1. Inledning

I uppsatsen vill jag belysa en specifik förvandling som den svenska advokatbyrån har genomgått då den påverkas av den amerikanska advokatbyråmodellen. För att kunna visa denna förändring vill jag sätta den svenska advokatbyrån i sitt sammanhang. Det kommer jag att göra genom att redogöra för den historia som finns kring advokater och advokatbyråer i Sverige, Kontinentaleuropa och England. På så sätt kan man förstå hur förvandlingen har ägt rum och i vilket sammanhang. Jag kommer sedan att redogöra för den amerikanska advokatbyråns utveckling och belysa hur den har påverkat Sverige och resten av Europa.

2.2. Kontinentaleuropeisk rättshistoria

Den traditionella kontinentaleuropeiska advokatbyrån har vissa likheter med den traditionella svenska och genom att se dem i ett sammanhang kan man se att Sverige inte har varit isolerat, utan påverkats av världen runt om. För att förstå varför den kontinentaleuropeiska advokatbyrån traditionellt skiljer sig från den engelska och amerikanska vill jag klargöra hur man i *civil law*, som i stora delar omfattar Kontinentaleuropa, ser på rättskällorna och de olika juristroller som finns, genom att kort redogöra för dess rättshistoria.

2.2.1. Rättshistoria civil law

I de länder som klassas som *civil law* är lagtext och doktrin traditionellt ofta de viktigaste rättskällorna och därav är akademiker en framstående yrkesroll. Domstolar och praktiker har inte haft samma tyngd och inflytande. För att förstå varför får man gå tillbaka i tiden, till universitetet i Bologna år 1088 när den då 500 år gamla romerska rätten återupptäcktes. Studenter från hela Europa kom till universitetet för att lära sig om den gamla romerska rätten och tog med sig den hem till sina respektive kungariken.²⁸ Orsaken till att den romerska rätten, som var så gammal, började studeras och tillämpas igen går att finna i förhållandena i Europa under tiden innan återupptäckten.

Mot slutet av 1000-talet, efter Romarrikets fall, var Europa splittrat och uppdelat i många, små kungariken. En mängd olika lagar hade utvecklats och människorna som levde på den tiden lydde under många regler samtidigt. De var inte enbart skyldiga att lyda under det kungadömetts lag som de bodde i (vilket kunde ändras), utan det fanns även olika lagar beroende på vilken klass man hörde till, vilket arbete man hade och om man bodde på landsbygden eller i städerna. Det fanns även kyrkliga samt regionala och lokala lagar och så vidare. I kontrast till detta

²⁸ Valguarnera, Filippo, föreläsning på kursen Comparative Legal History på juristprogrammet, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, 26 mars 2015; Zweigert, Konrad, Kötz, Hein, översatt av Weir, Tony, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, tredje reviderade upplagan, 1998, s. 75-76 och Raoul Charles van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge University Press, 1995, s. 72.

svåröverblickliga virrvarr av lagar, verkade den enhetliga romerska rätten och då särskilt Justinianus *Corpus Juris Civilis* lockande. Det fanns ett behov av en enhetlig rätt.²⁹

Detta resulterade i att man i Kontinentaleuropa fick uppfattningen om att juridik innebär att studera, tolka och tillämpa en text, till en början primärt *Corpus Juris Civilis* och dess kommentarer.³⁰

Civil law kännetecknades traditionellt också av att ha en så kallad inkvisitorisk process, vilket innebär att domaren agerar aktiv och efterforskande och till exempel kan be parterna att inkomma med material och göra egna efterforskningar. Det innebär att advokaten i domstolen får mer av en rådgivande roll för klienten.³¹

2.3. Engelsk rättshistoria

I uppsatsen vill jag hävda att den amerikanska advokatbyråmodellen har influerat både den kontinentaleuropeiska och svenska. För att kunna sätta den amerikanska advokatbyråmodellen i sitt sammanhang måste vi först se till den engelska rättshistorien i allmänhet och även den engelska advokatens historia, som ju också blir den amerikanska advokatens och byråns historia.

2.3.1. Rättshistoria *common law*

För att förstå hur jurister i *common law*-länder ser på rätten och rättskällorna, redogör jag kort för Englands rättshistoria i allmänhet.

England hör till rättsfamiljen *common law* och ses som denna rättsfamiljs moder. I *common law* ser man inte lagstiftningen som den främsta rättskällan, utan i stället *case law*, vilket betyder praxis. För att förstå varför får man se tillbaka på England vid tiden för den romerska rättens återupptäckande i Bologna år 1088. Vid det laget fanns det som ovan nämnt ett stort behov i det splittrade Kontinentaleuropa av att få en enhetlig, stabil rätt. Därför välkomnades den romerska rätten.³² Redan år 1066 hade dock Wilhelm Erövraren intagit England. För den nye kungen var hans rike en tabula rasa, då han kom från Normandie och inte behövde känna någon plikt att följa de redan existerande traditionerna. Han tog med sig feodalismen från Normandie och byggde tidigt upp en byråkrati som ledde till ett enhetligt rättsligt system i hela England. Det utvecklades också tidigt ett centraliserat domstolssystem där varje enkel man kunde föra talan i en rättvis rättegång inför en jury av folket och inte behöva utstå orättvisa prövningar (*ordeals*), som hittills hade varit sättet att lösa juridiska problem på.³³

²⁹ Raoul Charles van Caenegem, *Law in the Medieval World*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, 1981, s. 15 ff.

³⁰ Zweigert & Kötz, s. 69 f.

³¹ Zweigert & Kötz s. 273-274 samt Law, Jonathan, Martin Elizabeth A, *A Dictionary of Law*, Oxford University Press, Oxford, sjunde upplagan, 2009, under uppsagsordet "inquisitorial procedure".

³² Se ovan avsnitt 2.2.1.

³³ Zweigert & Kötz s. 181 ff.

Det fanns med andra ord inte samma behov av den romerska rätten i England som i övriga Europa. Det innebar i sin tur att man i England inte på samma sätt såg det som självklart att lagstiftningen var den främsta rättskällan, eftersom man inte noggrant studerade den upphöjda romerska rättens gamla dokument. I stället kom den engelska rättens främsta rättskälla att bli den praxis som domstolarna utvecklade.³⁴ Det innebär att juristerna redan under sin juristutbildning tränas i att läsa de argumenterande och skapande texter som domstolarna publicerar. Som en följd av detta tränar ombuden också på att själva skapa rätt, för att övertyga domstolen om att skapa den rätt som är till fördel för deras klient.

Vidare kan jämföras med den så kallade moderna *lex mercatoria* som innebär att stora privata parter skapar sedvanerätt genom att skriva avtal som reglerar stora delar av det annars oreglerade området som uppstår utanför staterna. Dessa avtal skrivs av advokater på de största byråerna i världen, vilka är amerikanska eller brittiska. Alltså skrivs avtalen av *common law*-jurister. Avtal som skrivs på denna nivå härmas sedan av andra aktörer då det ses som sedvana och de anglosaxiska advokaterna blir på så sätt rättsskapare.³⁵ Det kan ses i kontrast till den kontinentaleuropeiske juristen vars främsta rättskälla är lagstiftningen. Dessa jurister tränas traditionellt inte i att skapa rätt, utan att tolka rätt. *Common law*-juristerna som är tränade i att skapa rätt förutsätter inte en stat som matar dem med lagstiftning på samma sätt som en *civil law*-jurist eller skandinavisk jurist.³⁶

2.3.2. *Det engelska ombudet - barristers och solicitors*

I England förekom ombud redan på 1000-talet, men det var då inte fråga om ett juridiskt utbildat ombud, utan likt den tidiga utvecklingen i Sverige rörde det sig om en vän som förde talan åt personen som var part i tvisten. När tiden gick och processen inför domstol blev mer komplicerad uppstod ett behov av ett juridiskt skolat ombud som kom att kallas *narrator*. Ur denna *narrator* som förde partens talan inför domstol härstammar det som vi känner till som *barrister*, vilket är ett juridiskt ombud som fortfarande förekommer i England idag. En annan juridisk roll som uppkom runt sekelskiftet 1300 var *attorney*, som utvecklades till att bli *solicitor* som också fortfarande finns i England.³⁷

Tidigare fanns det i England en viktig skillnad mellan *barristers* och *solicitors*. *Barristers* var de som fick framträda i domstol och föra en parts talan, men de fick inte ha kontakt med klienten och de fick inte heller samarbeta med varandra. Det innebar att de kunde dela kontor och *clerks*³⁸ med varandra, men inte samarbeta som delägare i en gemensam byrå, vilket kan vara en faktor som bidrog till att advokatbyråerna i England traditionellt sett är små. *Solicitors* var

³⁴ Zweigert & Kötz s. 69 f and 181.

³⁵ Valguarnera, Filippo, föreläsning på kursen Civilprocessrätt på juristprogrammet, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, 22 september 2014.

³⁶ Valguarnera, Filippo, föreläsning på kursen Civilprocessrätt på juristprogrammet, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, 22 september 2014.

³⁷ Boulton, W. W., *The Legal Profession in England: Its Organization, History and Problems*, American Bar Association Journal, Vol. 43, 1957, s. 507.

³⁸ Ungefär som en notarie, se Zweigert & Kötz, s. 213.

de som hade kontakt med klienterna och utövade juridiska tjänster av en mer rådgivande karaktär, men de fick inte föra talan inför domstolen.³⁹

När *narrators* eller *barristers* uppstod som yrkesgrupp i England lärde de sig inte juridik på universitetet som ombuden i resten av Europa, utan de lärde sig av en domare som bestämde när de var redo att föra processer inför rätten. Detta fenomen utvecklades till så kallade *Inns* – små samhällen av juriststudenter som lär av mästare som inte är akademiker, utan praktiker. Under en tid fanns det många *Inns* i England, men nu återstår endast fyra; *Lincon's Inn*, *Inner Temple*, *Middle Temple* och *Gray's Inn*.⁴⁰ Numera kan man även bli jurist genom att utbilda sig på universitet i England, men de fyra *Inns* omnämnda ovan finns trots allt fortfarande kvar och det krävs medlemskap i ett av dessa för att bli *barrister*.⁴¹

Engelska juriststudenter har därför traditionellt sett utbildats genom att lära sig av en praktiker och fått ett ombudsperspektiv eller ett domarperspektiv på sin utbildning. Denna tradition skiljer sig från Kontinentaleuropa, där jurister sedan medeltiden utbildats vid universitetet och får ett akademiskt perspektiv på sin utbildning.

Ett annat typiskt drag i *common law* som formar advokat- och domarrollen är den ackusatoriska processmodellen. Den innebär att domaren har en relativt tillbakalutad roll och att det är parterna som aktivt ska föra processen framåt genom att ge domstolen regler och fakta och sätta processens ramar. Domaren i den ackusatoriska processen har liknats med en fotbollsdomare som inte själv är med och spelar, utan bara rycker in för att reagera på vad parterna gör. Advokaterna har därför kommit att bli parternas kämpar i domstolen.⁴²

2.4. Svensk rättshistoria

Nu när vi har ett större sammanhang, kan vi betrakta den svenska rättshistorien i allmänhet och den svenska advokatens historia, för att se hur denna skiljer sig från resten av Europa.

2.4.1. Den skandinaviska rättsfamiljens rättshistoria

För att få en klar bild av hur en traditionell advokat på en svensk advokatbyrå arbetar med juridiken och då särskilt rättskällorna, ska jag kort redogöra för den skandinaviska rättshistorien i allmänhet och hur man ser på vad som utgör rätten.

³⁹ Boulton s. 507.

⁴⁰ Boulton s. 508.

⁴¹ Encyclopaedia Britannica, Britannica Academic, Encyclopædia Britannica Inc., 2015, Web., uppslagsord: "barrister", <http://academic.eb.com.ezproxy.ub.gu.se/EBchecked/topic/54131/barrister?anchor=ref1215679>, 21/12-2015.

⁴² Zweigert & Kötz s. 271-275; Law och Martin, under uppslagsordet "accusatorial procedure" samt Kane, Mary Kay, *Civil Procedure in a Nutshell*, Thomson West, St. Paul, United States of America, sjätte upplagan, 2007, s. 2.

I den skandinaviska rättsfamiljen har lagstiftningen kommit att få den högsta digniteten som rättskälla. Trots att man precis som de system som hör till *civil law* sätter lagstiftningen som den högst värderade rättskällan, beror det inte på samma orsaker. Till Skandinavien nådde inte den romerska rätten på samma sätt som i Kontinentaleuropa på medeltiden, eftersom de skandinaviska studenterna på Bolognas universitet inte var jurister, utan präster.⁴³

I stället fanns det i Sverige en tidig uppsättning landskapslagar och rikslagar, fristående från den romerska rätten. Magnus Erikssons landslagar trädde i kraft redan år 1350 och dessa lagar blev sedan uppdaterade till Sveriges Rikes lag år 1734 utan att genomgå en revolution med nya idéer så som till exempel *Code Civil* i Frankrike efter revolutionen. Man uppdaterade i stället helt enkelt den gamla medeltida lagen i Sverige med rättsfall som innehöll en del romersk rätt.⁴⁴ I kontrast till de tidiga lagarna var Uppsala universitet som visserligen grundades redan 1477 i stort sett stängt mellan Gustav Vasas och Gustaf II Adolfs tid som kung, och den första svenska samlingen av rättsfall publicerades inte förrän 1874.⁴⁵

De ganska tidiga lagstiftningarna och relativt sena aktiviteten hos universiteten och akademiker som producerar doktrin samt det sena införandet av ett centraliserat domstolssystem med publicerade domar, har kanske påverkat den svenska rättstraditionen att se lagstiftning som den främsta rättskällan.

Ytterligare något som skiljer den skandinaviska rättsfamiljen från *civil law* är att vi i Sverige har en mer ackusatorisk process än vad den är inkvisitorisk. På samma sätt som i *common law* har domaren en mer tillbakalutad roll och det är advokaterna som har ansvaret att utreda, sätta ramar och föra processen framåt.

2.4.2. Sakframställaren

Den svenska advokatens roll som ombud i tvistemål har i stort sett alltid varit frivillig för parterna att inkludera i processen och det har heller aldrig funnits något tvång som inneburit att ombudet måste vara advokat eller ens utbildad jurist. Huvudregeln i äldre rätt var att man som part själv skulle inställa sig på tinget och föra sin talan. Det fanns undantag som innebar att kvinnor och omyndiga företrädades av sin man eller förmyndare, så kallat legalt ställföreträdarskap. Det fanns även ett frivilligt ställföreträdarskap, men det reglerades på olika sätt i götarätt och svearätt. I båda fall krävdes en särskild fullmakt, men i götarätten fick part enbart ha ett ombud om parten var utlänning, fjärran boende, sjuk eller sinnessvag. Enligt svearätten fick parten däremot om denne själv ville och fann det lämpligt låta sig företrädas av

⁴³ Zweigert & Kötz s. 277; Stig Jägerskiöld, *Roman Influence on Swedish Case Law in the 17th Century*, Scandinavian Studies in Law, vol. 11, 1967, s. 177; Ulf Bernitz, *What is Scandinavian Law? Concept, Characteristics, Future*, Scandinavian Studies in Law, vol. 50, 2007, s. 19-20 och Valguarnera, Filippo, föreläsning på kursen Comparative Legal History på juristprogrammet, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, 5 maj 2015.

⁴⁴ Zweigert & Kötz s. 278 ff. och Bernitz s. 20.

⁴⁵ Zweigert & Kötz s. 279; Jägerskiöld s. 177 och Uppsala universitets hemsida, <http://www.uu.se/om-uu/historia/kort-historik/>, 1/10-2015.

ett ombud. Så småningom blev svearätten gällande i hela landet och frågan om ställföreträdare i målet var då upp till parten själv att bestämma över. Det var då vanligt att ståndspersonerna lät sig företräddas av sina fogdar och tjänare, medan bönderna normalt företrädde sig själva i domstol.⁴⁶

Advokaten omnämndes för första gången i lagtext i 1615 års rättegångsprocess.⁴⁷ Man kan se en tendens i samhället under denna tid att försöka begränsa de ohederliga ombuden i domstolen som man kallade rabulister, vilket betyder skrikhalsar. Man bestämde år 1694 att hovrätterna fick kräva ett intyg på att ställföreträdaren studerat juridik vid ett universitet och ombudet var dessutom tvunget att avlägga en ed som gick ut på att denne ”åtog sig att troget och redligt sköta de mål, som anförtroddes honom”. Av detta kan man förstå att de så kallade skrikhalsarna var ombud som inte hade utbildat sig i juridik eller som uppträdde ohederligt inför domstolen. Från dessa krav fanns det dock en del undantag, vilket gjorde att ståndspersoner fortfarande kunde företräddas av sina tjänare och bönderna fick använda ”någon god vän, därtill tjänlig och bekvämlig”.⁴⁸

Vid 1734 års riksdag diskuterades det åter om ett rättegångsombud skulle behöva vara en lagfaren person. Men åsikten att det skulle vara en lagfaren person möttes med motstånd, av både bönder och en del adelsmän. Det fick följderna att så kallade sakförare, som inte behövde vara juridiskt utbildade ombud, fortfarande fick föra talan i domstol åt parterna.⁴⁹

Så under lång tid har det varit fritt fram att både föra sin talan helt på egen hand eller att finna en lämplig sakförare som inte behövde vara jurist eller ens utbildad i juridik. Det kan förklara varför det är svårt att finna historiska källor om advokatbyråer under denna tid. Kanske fanns det inte advokater på samma sätt som det gör nu, som arbetade med att vara sakframställare på heltid. Det verkar snarare vara så att man vid sidan av sina vanliga uppgifter företrädde en annan person eller sig själv. Till exempel de ståndspersoner som lät sig företräddas av sina fogdar och tjänare som vanligtvis var just fogdar och tjänare.

En anledning till att bönderna fick lov att företräda sig själva var att ombuden på medeltiden befann sig i de större städerna, dels eftersom de var adelsmän och dels eftersom det där fanns större och fler domstolar. Det fanns alltså inte tillgång till ombud på samma sätt överallt i landet.⁵⁰ Dessutom var det dyrt för bönderna att anlita ett ombud i domstol.⁵¹

⁴⁶ Almquist, Jan Eric, *Den svenska processrättens historia / efter föreläsningar av professor Jan Erik Almquist*, Stockholms högskolas juridiska förening, Stockholm, upplaga 5, 1954, s. 38.

⁴⁷ Ramberg, Anne, *Advokaten i samhället då och nu – Anne Rambergs inledningsframförande vid Advokatdagarnas öppnande*, Anne Rambergs blogg, 13 oktober 2011, <https://annerambergs.wordpress.com/2011/10/13/advokaten-i-samhallet-da-och-nu/>, 30/9 – 2015 samt Almquist s. 38-39.

⁴⁸ Almquist s. 38-39.

⁴⁹ Almquist s. 39 samt Anne Ramberg.

⁵⁰ Valguarnera, Filippo, föreläsning på kursen Civilprocessrätt på juristprogrammet, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, 22 september 2014.

⁵¹ Almquist s. 39.

2.4.3. Sveriges advokatsamfund

Att det inte uppställdes något krav på att sakförarna skulle vara lagfarna innebar att det förekom så kallade ohederliga sakförare som de hederliga advokaterna fann ett behov av att skilja sig från. En inblick i hur samhället såg på dessa ohederliga sakförare kan vi få genom att läsa beredningens beskrivning av sakförare i motiven till Förslag om sakförandeväsendets ordnande i Nya lagberedningens betänkande 1884:

*”Det svenska sakförandeväsendet erbjuder deremot en verklig sorglig anblick. Hvad under rätterna angår, äro städernas domstolar och särskildt hufvudstadens mer än tillbörligt hemsökta af ett antal s.k. sakförare af underhaltig beskaffenhet så väl i moralisk som juridiskt hänseende [...]. En närmare beskrifning på den antyddas kategorien af personligehter, som sålunda idka handteringen att föra andras talan iför rätta, är emellertid lika öfverflödig som motbudande. Sakförhållandet lär ej kunna bestridas, och dess menliga följder i främsta rummet för parterna sjelfva och vidare för domstolarnes arbete ligga äfven i öppen dag. Sakförareyrket har såsom sådant kommit i allmän missaktning. Den stora mängden känner knappt till andra sakförare än de i bästa fall tvetydiga personer, som med en betecknande benämning kallas ’brännvinsadvokater’. De hederlige och skicklige sättas i skuggan af de dålige, och äfven domstolarne föranledas kanske stundom att till yrkets idkare i allmänhet i utsträcka den motvilja en del bland dem uppväckt. Under tycket af denna ogynsamma ställning lida emellertid de män af heder som bildning, hvilka oaktat svårigheterna och obehagen egnat sig åt yrket. Ofta inträffar äfven att jurister, som på grund af studier och anlag skulle kunna blifva framstående sakförare, sakna mod att under nuvarande förhållanden beträda en bana, der så många svårigheter och så litet erkännande äro att förvänta.”*⁵²

År 1887 bildades på eget initiativ Sveriges advokatsamfund och målet var då att försöka få genomslag för ett advokatmonopol och kunna skydda titeln advokat som skulle innebära en kvalitetsstämpel.⁵³ Det fanns advokater som hade genomgått en juridisk utbildning och hade ett intresse av att ordna upp förhållandena för advokaterna. Dessa advokater hade vid den här tiden bildat advokatbyråer. Ett exempel på en ”hederlig” advokat som bildat en advokatbyrå och som under förhandlingarna vid nordiska juristmöten argumenterade för att ordna upp förhållandena var Philip Lemman som då hade byrå D:r Philip Lemmans Advokatbyrå. Denna byrå bildades 1849 och togs över av Lemman 1872 för att senare bli känd som Lagerlöf Lemman.⁵⁴ Det finns flera advokatbyråer som bildades under 1800-talet och som sedan har bytt namn, slagits ihop med andra och växt, men trots allt finns kvar idag. Till exempel härstammar Mannheimer Swartling från en advokatbyrå som grundades 1877,⁵⁵ advokatbyrå MAQS har sina rötter i 1800-talet⁵⁶ och Setterwalls hävdar sig vara Sveriges äldsta advokatbyrå som grundades 1878.⁵⁷

⁵² Se Anne Ramberg som lyfter fram citatet i sin text.

⁵³ Amlquist s. 39 samt Anne Ramberg.

⁵⁴ Lemman, Rolf, *D:r Philip Lemmans Advokatbyrå: Från 1800-talets mitt till våra dagar*, Göteborg, Lemmans advokatbyrå, 1986.

⁵⁵ <http://www.mannheimerswartling.se/ombyran/historik/>, 8/10-2015.

⁵⁶ <http://maqs.com/byran/>, 8/10-2015.

⁵⁷ <http://viewer.zmags.com/publication/0c672362#/0c672362/8>, 8/10-2015.

Det verkar alltså som att advokatbyråerna träder fram när diskussionen börjar ta fart under 1800-talets andra hälft om att advokaternas förhållande måste ordnas upp. När titeln advokat sedan blir skyddad och enbart får användas av de som har en juristexamen samt är upptagna av samfundet, blir en advokat och en advokatbyrå tydligt något annat än en sakförare och en sakförarbyrå. Det senare begreppet dör så småningom nästan ut i det svenska språket.

2.5. Den amerikanska advokatbyråns historia

Den för uppsatsens del intressanta aspekten av den amerikanska advokatbyråns historia är när den slår sig loss från den ärvda brittiska modellen och blir något nytt som kommer att få inflytande inte bara i Sverige, utan i hela Europa. Redan tidigare uppstod dock en skillnad i att man i USA inte anammade den brittiska skillnaden på *barristers* och *solicitors*, utan helt enkelt kallar ett juridiskt ombud för *attorney*.

2.5.1. Cravath-modellen

Mannen som ses som den amerikanska advokatbyråmodellens fader hette Paul Drennan Cravath. Genom att vid 1900-talets början strukturera om den advokatbyrå han var delägare i och som nu heter Cravath, Swaine & Moore LLP, skapade han en ny typ av advokatbyråmodell.⁵⁸

En viktig del av förändringen var hur man anställer nya jurister, i vilken omfattning och hur de förväntas utvecklas. Till att börja med gjordes det skillnad på juristerna på byrån; byråns ägare och byråns anställda jurister. De anställda juristerna som inte var delägare rekryterades från de bästa juristutbildningarna i landet och de fick med en gång lön för det arbete de utförde. Innan var det vanligt att man fick arbeta utan ersättning i början av sin karriär på en byrå. Man anställde även många jurister och räknade med att inte alla skulle bli delägare. Modellen för att ta sig till partnerskap kallas "to-the-top-or-out" eller enbart "op-or-out" och innebär att delägarskapet inte är menat för alla och att de som inte blir delägare fasas ut ur byrån. I USA är det inte ovanligt att man som jurist byter arbetsplats och juristroll ett par gånger i karriären, det ses till och med som det normala. Därför är det inte så underligt att de som inte blir delägare inte ser något problem i att ta sig vidare till ett annat juristyrke som till exempel domare eller akademiker. Men vill man satsa på delägarskap har man en lång väg i en trappa att ta sig upp för i byrån enligt "op-or-out"-modellen. Byrån befordrar de bästa juristerna på väg upp för trappan och hjälper andra att få anställning som jurister hos byråns klienter för att på så sätt förstärka och knyta nya kontakter.⁵⁹

⁵⁸ Valguarnera, Filippo, *The Transformation of the Legal Profession in Europe*, i Calleman, Catharina (Red.), *Rätten i den ekonomiska krisen*, Uppsala, Iustus Förlag, 2011, s. 72 samt Rask Madsen, Mikael, *Return to the Copenhagen "Magic Circle": First Elements of a Longitudinal Study of Large Law Firms in Denmark*, *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 53, p 303-319, 2008, s. 306.

⁵⁹ Valguarnera (*The Transformation of the Legal Profession in Europe*) s. 72-73 samt Rask Madsen s. 306-307.

Byrån anställer hela tiden de bästa nyexaminerade juristerna, har många anställda, en ganska hög omsättning på arbetskraften och får på så sätt stor expertis på specialiserade områden. Det lockade fler och större klienter, vilket i sin tur ledde till att byrån kunde växa ännu mer, och så vidare.⁶⁰ En helt ny arbetsplats öppnades för en större mängd duktiga jurister. Tidigare var advokatbyråerna mindre och kunde inte anställa lika många jurister. I och med den nya modellen fann juristerna en ny form av tryggare anställning som var betald och där man inte siktade på att bli sin egen företagare, utan anställd och en del av ett större företag.⁶¹

2.5.2. Internationalisering

Denna advokatbyråmodell blev under mitten av 1900-talet den ledande strukturen på de största advokatbyråerna i USA som tog efter Cravath. Det ledde till en tillväxt av advokatbyråerna som inte gick att jämföra med Europa under samma tid.⁶² De Europeiska advokatbyråerna fortsatte i stället att drivas som små, traditionella byråer. När den europeiska gemenskapens inre marknad sedan byggdes upp runt 1980-talet fanns det därför till en början utrymme för de amerikanska byråerna att etablera sig i Europa, utan konkurrens.⁶³

Man kan dela upp Cravath-modellen eller Cravathismen i två utvecklingsperioder. Den första perioden när den grundades och utvecklades av Paul Drennan Cravath och växte i USA under sent 1800-tal och tidigt 1900-tal, Cravathism I. Då byggdes advokatbyråmodellen i form av en stor hierarkisk organisation uppdelad i olika specialistgrupper upp. Den andra perioden blev sedan när denna amerikanska advokatbyråmodell riktade sig utåt och fick fäste i andra rättsordningar, som till exempel Europa från 1960-talet och framåt, Cravathism II.⁶⁴

2.6. De europeiska advokatbyråernas utveckling

Nu har vi ett sammanhang i form av rättshistorien i *civil law*, *common law* och den svenska rättstraditionen, samt den amerikanska advokatbyråmodellens uppkomst. Med detta sammanhang kan man nu betrakta hur de europeiska advokatbyråerna traditionellt var utformade och hur de påverkades av Cravath-modellen.

2.6.1. Den kontinentaleuropeiska advokatbyråns utveckling

De flitiga studierna och tillämpningen av *Corups Juris Civilis* och dess kommentarer i Kontinentaleuropa resulterade i idén att juristens roll går ut på att studera, tolka och tillämpa en text. Denna uppfattning kan man fortfarande se närvarande i Europa om man till exempel

⁶⁰ Valguarnera (*The Transformation of the Legal Profession in Europe*) s. 73 samt Rask Madsen s. 306.

⁶¹ Valguarnera (*The Transformation of the Legal Profession in Europe*) s. 43.

⁶² Valguarnera (*The Transformation of the Legal Profession in Europe*) s. 74.

⁶³ Valguarnera (*The Transformation of the Legal Profession in Europe*) s. 74.

⁶⁴ Martin, Eric L., *Liberalization and Cravathism: How Liberalization Triggered the Reorganization of the Legal Profession in Germany and Japan*, 43 *Stanford Journal of International Law* 169, 2007, 172.

betraktar Frankrike med dess *Code Civil* som ses som den allra frästa rättskällan och Tyskland där doktrin traditionellt sett har spelat en stor roll i utvecklandet av lagen.⁶⁵

Denna utveckling som började med att man studerade gamla romerska texter har medfört att en *civil law*-jurist traditionellt tränas i att tolka rätten och att vara det skrivna ordet trogen. Montesquieus maktodelningslära hade starkt inflytande, särskilt i Frankrike, och fick som följd att domstolen skulle vara lagstiftarens mun, en subsumtionsmaskin som enbart tillämpade lagstiftningen och inte skapade rätt.⁶⁶ Advokaterna var underordnade lagtexten och akademikerna. Den traditionella kontinentaleuropeiska advokatbyrå var liten och bestod av en eller ett fåtal advokater som var delägare. Byråerna spelade en begränsad roll i företagets affärsliv. Advokaterna var till skillnad från akademikerna inte särskilt uppmärksammade, då det inte var förenat med särskilt mycket prestige att vinna stora tvister.⁶⁷

När de stora amerikanska advokatbyråerna fick fäste i Europa på 1980-talet fanns det därför till att börja med ingen konkurrens från de små, traditionella, europeiska.⁶⁸ Runt 1990 förändrades läget i Europa då en liberalisering genom EU och en mer öppen marknad gjorde det möjligt för advokatbyråerna att växa och ta efter sin amerikanska motsvarighet. Advokatbyråerna i Kontinentaleuropa följde med i den ekonomiska utvecklingen och det fanns även en ny vilja att vara med och tävla på den globala juridiska arenan.⁶⁹

2.6.2. Den engelska advokatbyråns utveckling

Något som är intressant är att den traditionella engelska advokatbyrå såg ut på samma sätt som den kontinentaleuropeiska fram till 1980-talet, det vill säga liten med en eller ett fåtal delägare. Det var först efter 1980-talet som den engelska advokatbyrå började växa, när även den kontinentaleuropeiska och svenska byrå började göra det samma genom influenser från de amerikanska byråerna. England har precis som USA ett *common law*-system och bör inte ha hindrats från att växa sig stora av samma anledning som *civil law* och den skandinaviska rättsfamiljens rättsordningar, det vill säga den rättstolkande kulturen framför den rättsskapande. Man kan fråga sig varför inte den amerikanska Cravath-modellen utvecklades parallellt i England när den gjorde det i USA.

Men det var först efter Margaret Thatchers ”Big Bang” som avskaffade begränsningar på den finansiella marknaden, vilket ledde till en ökad finansaktivitet, som behovet av större advokatbyråer med specialiserad kunskap uppkom i England.⁷⁰

⁶⁵ Zweigert & Kötz, s. 69 f.

⁶⁶ Zweigert & Kötz, s. 89.

⁶⁷ Trubek, David M., Dezalay, Yves, Buchanan, Ruth and Davis, John R., *Global Restructuring and the Law: Studies of the Internationalization of Legal Fields and the Creation of Transnational Arenas*, 44 Case Western Reserve Law Review 407, 1994, s. 422-423.

⁶⁸ Valguarnera (*The Transformation of the Legal Profession in Europe*) s. 74.

⁶⁹ Martin s 180 ff samt Valguarnera (*The Transformation of the Legal Profession in Europe*) s. 43 ff.

⁷⁰ Martin s. 179-180.

2.6.3. Den svenska advokatbyråns utveckling

På grund av att den skrivna rätten är vad jurister i Kontinentaleuropa främst ägnar sig åt då det är den främsta rättskällan, så utvecklas de till rättstolkare.⁷¹ På samma vis kan resonemanget föras om den traditionella svenska advokaten som arbetar på en liten byrå och tolkar den upphöjda lagstiftningen. Advokaterna sågs som praktiker och tolkare av den redan färdiga rätten, som problemlösare åt sina klienter. Därför fanns det inte behov av stora byråer med specialistkunskap. Den omständigheten att det heller aldrig har funnits något advokattvång eller advokatmonopol i Sverige kan också ha varit bidragande till att advokatbyråerna inte fann skäl att växa sig större.

Om advokatbyråerna tidigare innebar att en advokat startade en byrå i sitt eget namn eller tillsammans med en annan advokat för att dela kontor, inträffade en förändring runt år 1990. De stora advokatbyråerna börjar växa fram. Läser man under fliken ”Historik” eller ”Om oss”, som man kan finna på de större, svenska advokatbyråernas hemsidor, finner man ofta att de antingen inte är mer än ungefär 25 år gamla eller att de för ungefär 25 år sedan var mindre och endera började växa som de var eller slogs samman med en eller flera andra byråer för att växa.⁷²

Byråerna går ifrån idén om att man ska vara sin egen företagare som advokat med sitt namn på byrån och rör sig mot en mer industrialiserad modell, som innebär att många jurister arbetar på samma byrå i expertgrupper och kan klättra upp på karriärstegen mot delägarskap.⁷³

Man kan till exempel se det på de stora affärsjuridiska byråerna vars kontor nu typiskt sett finns belägna i stadskärnan i Stockholm, Göteborg respektive Malmö. Alla är dessutom en av Sveriges största eller ledande byrå på det ena eller andra viset.⁷⁴ Byråerna har också många

⁷¹ Se ovan avsnitt 2.6.1.

⁷² Se till exempel Mannheimer Swartling som växte sig stor genom en sammanslagning av två byråer 1990, <http://www.mannheimerswartling.se/ombyran/historik/>, 30/9-2015, Vinge som växt genom en sammanslagning av fyra byråer 1983 samt fusioner 1989 och 1991 och etablering av kontor utomlands 1985 och 1989, <http://www.vinge.se/Om-Vinge/historia/>, 30/9-2015, Lindahl som växte i och med att fem byråer gick ihop 1990 och ytterligare en anslöt sig 1996, <http://www.lindahl.se/se/om-oss/historik/>, 30/9-2015, MAQS som har vuxit i snabb takt sedan det moderna MAQS grundades 2002, <http://maqs.com/byran/>, 30/9-2015, Setterwalls expansionstakt ökade i början av 2000-talet då verksamheten växte kraftigt och nya kontor öppnades, <http://viewer.zmags.com/publication/0c672362#/0c672362/8>, 7/10-2015, Wistrand som öppnade ytterligare ett kontor under 1990-talet för att möta marknadens behov, <http://www.wistrand.se/sv/om-wistrand/om-wistrand.php>, 7/10-2015, Delphi som startade 1984 och som sedan 2006 har vuxit med ca 100 medarbetare, <http://www.delphi.se/om-delphi>, 7/10-2015 och Glimstedt som växte då sju byråer gick samman 1997 och som senare öppnat fler kontor både i Sverige och utomlands, <http://www.glimstedt.se/vilka-vi-ar-2/var-historia/>, 9/10-2015.

⁷³ Valguarnera (*The Transformation of the Legal Profession in Europe*) s. 43.

⁷⁴ Mannheimer Swartling är Nordens ledande affärsjuridiska advokatbyrå, Vinge är Sveriges främsta affärsjuridiska advokatbyrå, Lindahl är en av Sveriges ledande affärsjuridiska byråer, Wistrand är en av Sveriges ledande advokatbyråer inom affärsjuridik, Delphi är en av de främsta affärsjuridiska advokatbyråerna i Sverige, Glimstedt är en av Sveriges största advokatbyråer (hämtat från respektive byrås start sida 30/9-2015), MAQS är en av Sveriges ledande affärsjuridiska advokatbyråer och Setterwalls är en av Sveriges ledande affärsjuridiska fullservicebyråer (hämtat från fliken ”om oss” på respektive byråns hemsida 7/10-2015).

anställda jurister, mellan ca 120 och 400 per byrå.⁷⁵ Denna utveckling som har skett under de senaste 20 till 30 åren leder oss bort från de små byråerna med en eller två advokater med bred kunskap i många juridiska områden, utan specialistkunskap.⁷⁶ En annan tendens är att de stora byråerna blir så kallade *affärsjuridiska*. Det innebär att byråernas klienter till stor del har blivit företag som växte sig stora under 1980-talet och behövde juridisk rådgivning i en annan omfattning än tidigare. Ju större företag som är klient, desto mer resurser finns det förstås för att anlita juridisk rådgivning och desto mer specialiserade kan byråns advokater vara eftersom stora klienter får större problem i specialiserade fall.

2.7. Amerikanisering

Vad man kan se av denna rättshistoriska genomgång är att Sverige inte har varit isolerat, utan påverkats av utvecklingen i världen runt om. I och med att Sverige gick med i EU 1995 kunde en liknande liberalisering ske av den finansiella marknaden med öppna gränser som i resten av Europa. På så vis kunde den amerikanska advokatbyråmodellen få fäste och det medförde att byråerna växte sig stora. Redan innan inträdet i EU följde Sverige med i utvecklingen som skedde runt om i Europa, i och med att advokatbyråerna började växa och likna den amerikanska modellen under 1980-talet.⁷⁷

Vad som har hänt i och med de stora, industriella advokatbyråernas uppkomst i Sverige och resten av Europa är en amerikanisering. Byråerna blir genom Cravathismen stora och får stora klienter vilket leder till att de får mycket resurser att lägga på de ärenden som de får in. Ärendena kommer då att handla om mycket pengar. Man kan även se hur till exempel de större svenska byråerna visar en tendens att öppna utländska kontor, inte bara i EU, utan över hela världen.⁷⁸ Byråerna blir då tvungna att finna en modell som är universell och de utvecklas då hela tiden i relation till varandra.

Denna förvandling av byråerna får förstås vissa följder.

⁷⁵ Mannheimer Swartling, 400 jurister, <http://www.mannheimerswartling.se/ombyran/>, 30/9-2015, Vinge, 450 medarbetare, <http://www.vinge.se/Om-Vinge/>, 30/9-2015, Lindahl, ca 270 jurister, <http://www.lindahl.se/se/om-oss/>, 30/9-2015, MAQS, 125 jurister, <http://maqs.com/byran/>, 30/9-2015, Seterwalls 190 jurister, <http://www.setterwalls.se/sv/Om-oss/>, 7/10-2015, Wistrand, drygt 180 medarbetare, <http://www.wistrand.se/sv/om-wistrand/om-wistrand.php>, 7/10-2015, Delphi, fler än 120 jurister, <http://www.delphi.se/om-delphi>, 7/10-2016 och Glimstedt, omkring 200 jurister, <http://www.glimstedt.se/vilka-vi-ar-2/>, 9/10-2015.

⁷⁶ Se till exempel Ginsburg, Ruth Bader och Bruzelius, Anders, *Civil Procedure in Sweden*, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 5:173, 1966, s. 174 där det anges att advokater på denna tid (1966) som regel inte specialiserar sig på ett särskilt rättsområde eller en typ av juridiskt arbete.

⁷⁷ Se ovan avsnitt 2.6.3.

⁷⁸ Mannheimer Swartling har kontor i Sverige, Tyskland, Ryssland, Kina, Belgien och USA, <http://www.mannheimerswartling.se/ombyran/internationellt/>, 6/10-2015, Vinge har kontor i Sverige och Belgien samt är medlem i ett globalt affärsjuridiskt nätverk, <http://www.vinge.se/internationellt/>, 6/10-2015, Glimstedt har kontor i Sverige, Estland, Lettland, Litauen och Vitryssland, <http://www.glimstedt.se/vilka-vi-ar-2/>, 9/10-2015, MAQS har enbart kontor i Sverige, men är med i ett nätverk för advokatbyråer världen över och har en German Desk och en French Desk, <http://maqs.com/byran/internationellt/>, 6/10-2015, Lindahl, Seterwalls, Wistrand och Delphi har enbart kontor i Sverige, <http://www.lindahl.se/se/om-oss/>, 6/10-2015, <http://www.setterwalls.se/sv/Om-oss/>, 7/10-2015, <http://www.wistrand.se/sv/om-wistrand/om-wistrand.php>, 7/10-2015 och <http://www.delphi.se/om-delphi>, 7/10-2015.

2.7.1. *Specialistkunskap*

Att advokatbyråerna växer innebär att det finns mer resurser på dessa stora byråer än vad det gjorde på de små. På de stora byråerna finns det inte bara *en* advokat som har tillägnas ett särskilt juridiskt ämne, utan hela grupper som tar hand om frågor som rör ett visst rättsområde som till exempel miljö- eller fastighetsrätt.

Det innebär att de delägare, advokater, biträdande jurister och notarier eller trainees som sitter i till exempel miljögruppen eller immaterialrättsgruppen på en stor byrå, i stort sett enbart arbetar med miljörättsliga respektive immaterialrättsliga juridiska frågor hela arbetsdagarna. Det leder till att advokaten på den moderna, amerikaniserade svenska advokatbyrån snart skapar sig en specialistkunskap i det juridiska område vars grupp denne hör till.

Anta att en tvist uppstår som hamnar i domstolen med två stora företag som parter, som företräds av två stora svenska advokatbyråer. Advokaterna, med sina biträdande jurister, har lagt många debiterade timmar på att fördjupa sig i frågan som tvisten rör. Det bara för att till att börja med kunna veta vilka frågor som måste ställas till klienten och för att kunna skriva krav- och svarsbrev till motparten. Sedan ska inlagor skrivas och kommunikation ske med domstolen och motparten innan själva huvudförhandlingen som blir den stora finalen. Denna procedur sker, i olika omfattning, varje gång ett ärende kommer in till byrån.

2.7.2. *Advokaterna skapar rätten, domaren är filtret*

Om man då ställer alla de timmar som ombuden i tvisten på båda sidor lagt på att undersöka rätten och fördjupa sig inom sin grupps rättsområde, i jämförelse med domarens erfarenhet av brottmål och olika typer av tvistemål, vill jag hävda att advokaterna har ett kunskapsövertag i specifika juridiska ämnen. Naturligt har de lagt ner mer tid än domaren på ämnet, som faktiskt blir serverad de två versionerna av hur rätten ska uppfattas i frågan. Man kan även tänka sig att advokaterna har funderat på vad motparten kommer att säga och övervägt och avdramatiserat det i sin egen argumentation. Jag har även svårt att tänka mig att advokaterna skulle lämna en rättskälla eller argumentationslinje ouppmärksamman då man vill samla allt material som kan styrka ens egen argumentation och avdramatisera det som inte styrker den.

Domarna har däremot inte lagt ner samma omfattning av tid på just det juridiska ämnesområde som tvisten rör. Självklart vill jag inte få domarna att framstå som juridiskt okunniga, vad jag vill lyfta fram är att de inte har möjlighet att lägga ner samma omfattning av resurser som advokaterna på att efterforska rätten i den fråga som målet rör. Domarna sitter inte uppdelade i grupper efter juridiskt ämnesområdet så som juristerna på byrån gör. Det innebär att domarna inte arbetar med samma sorts juridik varje dag och då inte kan utveckla samma specialiserade kunskap som byråernas jurister.

Advokaterna serverar sedan domstolen de förfinade och mest övertygande argument de har lyckats åstadkomma. Säg nu att frågan som målet rör inte är en klar rättsfråga, det går inte att

finna vägledning i lagtext, förarbeten eller praxis. Frågan är kanske inte ens särskilt uppmärksammas i doktrin eftersom det rör sig om en så detaljerad specialfråga i rättsområdet som då kanske inte är särskilt intressant för akademiker.

Vad händer då med *jura novit curia*?⁷⁹ Det är kanske närmare till hands att hävda att det är advokaterna som skapar rätten och att domstolen utgör ett filter. Domstolen plockar upp de argument som den finner vara det som ska utgöra ”gällande rätt” och agerar som ett filter när en avvägning av de båda parternas argument presenteras som rätten i frågan.

Det är inte en traditionell syn på hur advokatrollen kan visa sig på marodörkartan och kanske gäller det samma domarrollen. Detta kommer sig av att den svenska advokatbyrå har förvandlats till något nytt, med hjälp av den amerikanska byråmodellen.

2.8. Legal transplant

Jag skulle vilja introducera den amerikanska advokatbyrå som en *legal transplant* i det svenska rättssystemet; en främmande juridisk företeelse som plockas upp och används i ett annat rättssystem.

Legal transplants är en teori som har utvecklats av Alan Watson och som innebär att rättsregler och rättsinstitut i ett rättssystem kan förflytta sig över till ett annat. Watson hävdar att *legal transplants* är det främsta sättet som ett rättssystem utvecklas och förändras i västvärlden. Watson visar på detta genom att peka på att den romerska rätten i stora delar har transplanterats in i rättssystemen i Kontinentaleuropa. Watsons teori är en motreaktion till så kallade *mirror theories* som går ut på att man hävdar att juridiken är en stark eller svag spegling av något annat, till exempel samhället, ekonomi eller filosofi.⁸⁰

Teorin om *legal transplants* innebär alltså att man kan se att rättsregler eller rättsliga konstruktioner transplanteras från ett rättssystem, en jurisdiktion eller ett folk till en annan. Jag vill argumentera för att den amerikanska advokatbyrå är en *legal transplant*, vilket inte är det sedvanliga sättet att använda begreppet på, då advokatbyråmodellen inte är en rättsregel. Jag vill därför använda en av mig utökad betydelse av begreppet *legal transplant* som även kan innefatta företeelser som påverkar juristernas roller, till exempel organisering eller institutioner.

Min mening är att det kan fylla en funktion att se den amerikanska advokatbyrå som en *legal transplant*. Advokatbyråmodellen är en företeelse som påverkar juridiken genom hur man ser på advokatens roll, särskilt då jag hävdar att denna roll kan vara just rättsskapande. Innan sågs den traditionella, konservativa, ensamma advokaten på sin enskilda byrå som en juridisk

⁷⁹ Se närmare om principen nedan i kapitel 0.

⁸⁰ Ewald, William, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 43, 1995, s. 498 och 492-496; Legrand, Pierre, *The Impossibility of 'Legal Transplants'*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, s. 112 samt Watson, Alan, *The Birth of Legal Transplants*, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 41, Issue 3, 2013, s. 606-607.

allssysslare. Nu, när något nytt har hämtats från ett annat rättssystem, ses en modern, kreativ advokat med specialistkunskap som en självklarhet på de stora byråerna.

På samma sätt som när en ny rättsregel hämtas från ett rättssystem till ett annat, uppstår reaktioner när en ny företeelse, som en främmande byråmodell, hämtas från ett annat rättssystem. En regel eller företeelse i ett system kan inte vara isolerad om den ska vara en del av systemet. Eftersom det uppstår effekter eller reaktioner oavsett om det är en rättsregel eller en rättslig företeelse, som en advokatbyråmodell, så ser jag en funktion med att utöka begreppet *legal transplant* till att i denna uppsats även omfatta den amerikanska advokatbyråmodellen i Sverige.

2.8.1. Skaver med rättssystemet

Jag vill då uppmärksamma att denna *legal transplant* kan komma att skava med det svenska rättssystemet som den hamnat i. Det är en typisk egenskap *legal transplants* har. En främmande företeelse i ett redan existerande system, kan inte få exakt samma effekter som i det system den kom ifrån, om det inte rör sig om två exakt lika system (om ens då). Transplantationen kommer i kontakt med andra företeelser och regler och det skapar nya reaktioner som kanske inte alltid är beräknade. För att förstå dessa reaktioner kan det hjälpa att förstå både det system som transplantationen kommer ifrån och det system som den kommer till.

Viktigt att uppmärksamma är då att den amerikanska advokatbyråmodellen kommer från ett *common law*-system in i ett system som klassas som skandinavisk rätt eller enligt vissa uppfattningar *civil law*.⁸¹ Vidare finns principen *jura novit curia* i Sverige, men inte i USA. Det finns även olika uppfattning av vad praxis har för roll i de båda systemen och då också domarens roll. Även advokatens roll uppfattas på olika sätt i de olika systemen. Dessa eventuella problem kommer uppsatsen att behandla i kommande kapitel.

2.8.2. Advokatens roll påverkas

Eftersom den *legal transplant* som jag vill uppmärksamma är just en advokatbyråmodell, så får den genast effekter i och med att den påverkar det som advokatbyrån egentligen är och består av; advokaterna.

Som man kan se ur den svenska rättshistorien är den svenska advokatens roll traditionellt inte rättsskapande, utan snarare rättstolkande. Men om Sverige nu har öppnat armarna för den amerikanska byråmodellen bör man kanske vara uppmärksam på att även den svenska advokatens roll dras mot den amerikanska motsvarigheten. Jag vill hävda att den svenska advokatrollen faktiskt redan har följt med den *legal transplant* som den amerikanska advokatbyråmodellen innebär. Det blir en nödvändighet att advokatrollen förändras om advokatbyråns modell ändras. En advokatbyrå är inte mer än de anställda och det finns alltså ett direkt, strakt och ofrånkomligt samband mellan de två.

⁸¹ Zweigert & Kötz s. 277.

3. DEN RÄTTSSKAPANDE AMERIKANSKA ADVOKATEN

3.1. Inledning

Eftersom den amerikanska advokatbyråmodellen transplanterats till Sverige, så vill jag undersöka hur den amerikanska advokatens roll som rättsskapare ser ut. Då byråmodellen grundades i USA, så skapades den med vissa inbyggda värden som är självklara i det amerikanska rättssystemet. Ett av dessa värden är hur man ser på advokaten i USA. När byråmodellen sedan flyttades ut till en annan rättsordning, så är det inte otänkbart att det har fört med sig en annorlunda bild av advokaten i Sverige. Vissa av dessa inbyggda amerikanska värden, följde med byråmodellen. För att förstå hur denna advokatroll ser ut, vill jag börja med att undersöka hur advokatrollen ser ut i den amerikanska rättsordningen som byråmodellen kommer ifrån.

Kapitlet börjar med att på ett mer generellt plan belysa den amerikanska advokatens egenskaper, för att sedan mer specifikt se om och hur advokaten uppfattas som rättsskapare i domstolen i USA.

3.2. Den amerikanska advokatens egenskaper

Tidigt i USA:s historia innebar juristutbildningen att man fick arbeta som lärjunge eller notarie hos en erfaren advokat på en byrå. Det uppkom även en del självständiga juristskolor där man kunde utbilda sig. Men sedan inträffade en förändring på 1800-talet då juristutbildningen blev en universitetsutbildning, första gången på Harvards universitet år 1817.⁸² Den amerikanska juristutbildningen började därför skilja sig från den engelska och tar en särskild position i och med ett starkt fokus på universitetsutbildning, samtidigt som den är i ett *common law*-land. På just Harvard infördes en del metoder som kom att karaktärisera den amerikanska juristutbildningen. En sådan metod är den så kallade *case*-metoden som infördes av Christopher Columbus Langdell, som var verksam på Harvard 1870-1895.⁸³

Case-metoden innebär att studenterna typiskt sett innan en lektion förbereder sig genom att läsa rättsfall och härleda allmänna rättsprinciper från dem. Sedan på lektionen frågar läraren studenterna om vad de har läst och vad de kan härleda ur materialet.⁸⁴ Det leder till att utbildningen till stor del går ut på att läsa rättsfall och att aktivt arbeta med att härleda principer. Detta till skillnad från de kontinentaleuropeiska och skandinaviska juriststudenterna som läser doktrin om vad det står i lagen, en mer tillrättalagd text som presenterar de allmänna principerna

⁸² Encyclopaedia Britannica, Britannica Academic, Encyclopaedia Britannica Inc., 2015, Web., uppslagsord: "legal education", <http://academic.eb.com.ezproxy.ub.gu.se/EBchecked/topic/721897/legal-education>, 10/11-2015.

⁸³ Encyclopaedia Britannica, "legal education" och Encyclopaedia Britannica, Britannica Academic, Encyclopaedia Britannica Inc., 2015, Web., uppslagsord: "Christopher Columbus Langdell", <http://academic.eb.com.ezproxy.ub.gu.se/EBchecked/topic/329630/Christopher-Columbus-Langdell>, 10/11-2015.

⁸⁴ Encyclopaedia Britannica, "legal education".

utan att studenten behöver anstränga sig mer än att läsa vad som står. De lärarledda tillfällena i USA innebär därför att det är studenterna som är mest aktiva genom att redogöra för rättsfallen, medan de lärarledda tillfällena i Kontinentaleuropa och Skandinavien innebär att det är föreläsaren som är den aktiva parten och att studenterna lyssnar.⁸⁵

Amerikanska jurister och då även advokater tränas alltså inte i att vara rättstolkare så som de europeiska eller skandinaviska kollegorna gör, med den inbyggda förutsättningen att det ska finnas en lagstiftning att förhålla sig till. De amerikanska advokaterna tränas i att vara kreativa och skapa rätt, genom att studera rättsfall där domstolen i domskälen argumenterar i olika riktningar för att komma fram till vad rätten är. Den amerikanska advokaten lär sig att inte förutsätta att det ska finnas en lag eller en lagstiftare, och förutsätter på så sätt inte en stat på samma sätt som en europeisk advokat gör.⁸⁶

Genom detta sätt att lära sig hamnar den amerikanske studentens fokus på den främsta rättskällan: praxis. Studenten lär sig att vara aktiv i sitt läsande av fallen för att härleda principer ur dem.

Amerikanska advokater lär sig också att i rättegången *konstruera* snarare än att *finna* berättelser. De skapar med andra ord inte en berättelse för att finna en objektiv sanning, utan berättelsen de presenterar inför domstolen har som syfte att få domstolen att se att det som talar för klienten är det sanna. Hur dessa berättelser som advokaten ska konstruera ska se ut, beror då först på vilka slutsatser som advokaten vill dra.⁸⁷

En stor del av anledningen till att amerikanska advokater gärna är kreativa i att konstruera berättelser och redogöra för fakta, är att just praxis är den främsta rättskällan. För att avgöra om ett rättsfall som åberopas är tillämpligt eller inte i ett mål, så jämför man de fakta som finns i det nu förevarande målet med de fakta som fanns i rättsfallet som åberopas. För att det åberopade rättsfallet ska utgöra rätt och tillämpas i målet, så måste omständigheterna stämma tillräckligt bra överens med de omständigheter som föreligger i målet som är uppe till behandling i domstolen. Det gör att advokaterna argumenterar mycket kring fakta i det förevarande målet och det åberopade rättsfallet. De amerikanska advokaterna får därför från början ett mer konstruerande och skapande perspektiv när de argumenterar i domstolen.⁸⁸

⁸⁵ Encyclopaedia Britannica, "legal education".

⁸⁶ Valguarnera, Filippo, *Judicial Policymaking in Sweden: A Comparative Perspective*, Scandinavian Studies in Law, Vol. 61, 2015, s. 196; Valguarnera, Filippo, föreläsning på kursen Civilprocessrätt på juristprogrammet, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, 22 september 2014 samt jämför Zweigert, Konrad, Kötz, Hein, översatt av Weir, Tony, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, tredje reviderade upplagan, 1998 s. 268 ff.

⁸⁷ Bergman, Paul, *Trial Advocacy in a Nutshell*, Thomson West, St. Paul, United States of America, fjärde upplagan, 2006, s. 7-8 samt s. 24 med citatet: "The point is that you do not *find* stories, you *construct* them. And the stories you construct depend on the conclusions you want to make."

⁸⁸ Zweigert & Kötz s. 260 ff samt Stein, Peter G., *Roman Law, Common Law, and Civil Law*, Tulane Law Review, Vol. 66, 1992, s. 1600-1601 där författaren tar upp exemplet när en engelsk *barrister* framträdde i Europeiska unionens domstol, som är präglad av civil law. När *barristern* börjar med att redogöra för omständigheterna avbryts han av domaren som frågar vilka regler som är tillämpliga och var problemet gäller,

Något som ytterligare späder på advokatens skapande roll är den ackusatoriska processen som innebär att det är parternas (och därigenom advokaternas) ansvar att ta upp fakta och normer inför domstolen och argumentera för att de är tillämpliga. Eftersom principen *jura novit curia* inte finns i USA, kommer domstolen inte på egen hand att efterforska vilka normer som gäller. Advokaten måste därför lita till sig själv att göra en heltäckande utredning och presentera den för domstolen.⁸⁹

Det finns ytterligare en aspekt av det faktum att praxis är den främsta rättskällan i USA som gör att de amerikanska juriststudenterna lär sig att de måste vara rättsskapande på ett annat sätt än de europeiska. I *civil law* och den skandinaviska rättsfamiljen kan man nämligen luta sig tillbaka mot lagstiftningen som den främsta rättskällan. Som en fallskärm. Ska en jurist från någon av dessa familjer skriva ett avtal, så behöver man inte se till att reglera precis allt. Det som inte finns reglerat i avtalet fångas upp av dispositiv rätt och därför blir våra avtal inte så långa. Däremot blir ett avtal skrivet av en *common law*-jurist mycket längre eftersom allt måste regleras i avtalet, då det inte finns någon lagstiftning som på samma sätt fångar upp det som inte regleras. Det blir en plikt för *common law*-juristen att tänka ut vilka regler som man ska skapa för klienten. *Common law*-juristen tvingas därför på ett helt annat sätt att vara rättsskapande och tränar på det redan på juristutbildningen.⁹⁰

Det talar för att advokater som kommer från ett *common law*-system har bättre förutsättningar för att skapa rätt, särskilt i frånvaro av lagstiftning. Ett tydligt bevis på det är den moderna varianten av *Lex Mercatoria*.

På medeltiden innebar *lex mercatoria* att köpmännen i olika stater genom sedvana skapade en egen internationell köprätt, som inte kom från en statlig lagstiftare. Nu har en ny typ av modern *lex mercatoria* visat sig i internationell avtalsrätt mellan stora privata parter.⁹¹ Dessa avtal skrivs av advokater. De advokater som skriver avtalen är då de som finns på de största byråerna och som har störst fallenhet för att skapa rätt, vilket innebär de anglosaxiska advokatbyråerna som hör till *common law*.⁹²

Lex mercatoria likar dessutom *common law* mer än vad det liknar *civil law*.⁹³ I *lex mercatoria* finns en tydlig frånvaro av en statlig lagstiftare och *lex mercatoria* tenderar att vara framåtblickande och inte på ett konservativt sätt vara bunden av en gammal text och dess

varpå *barristern* svarar att han inte förstår hur domaren ska kunna förstå problemet om han inte får redogöra för omständigheterna.

⁸⁹ Zweigert & Kötz s. 273-274, se närmare i kapitel 5.

⁹⁰ Valguarnera, Filippo, föreläsning på kursen Civilprocessrätt på juristprogrammet, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, 22 september 2014.

⁹¹ Dalhuisen, Jan, *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law Volume 1: Introduction – The New Lex Mercatoria and its Sources*, Hart Publishing, Oxford, fjärde upplagan, 2010, s. 284.

⁹² Valguarnera, Filippo, föreläsning på kursen Civilprocessrätt på juristprogrammet, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, 22 september 2014.

⁹³ Dalhuisen s. 11-12.

tolkningar, så som i *civil law*. Avsaknaden av en lagstiftning leder till en rättsskapande miljö.⁹⁴ Lex mercatoria handlar dessutom om att finna rättens struktur snarare än rättens system.⁹⁵ Så en förklaring till varför de anglosaxiska byråerna är så stora och dominerande är att sättet att tänka i *common law* liknar sättet att tänka i termer av lex mercatoria. Dessutom förutsätter *common law* inte på samma sätt som *civil law* och den skandinaviska rättsfamiljen att det ska finnas en stat som producerar reglerna som ska följas.⁹⁶ *Common law*-juristerna har länge övat på att skriva avtal i en miljö där det inte finns lagstiftning att luta sig tillbaka på. Att de amerikanska advokatbyråerna och advokaterna är i framkant när det gäller att skriva de avtal som utgör lex mercatoria, är ett tydligt tecken på att de har en kreativ och skapande inställning till rätten.

Det finns alltså ett antal faktorer som gör att den amerikanska advokaten har en kreativ och rättsskapande karaktär.

3.3. Amerikanska advokater som rättsskapare

Man kan då fråga sig hur man ser på denna kreativa, argumenterade advokatroll som rättsskapande i domstolen i USA. Först och främst kan man konstatera att det finns två erkända amerikanska rättsskapare. För det första finns det en lagstiftare som är lik vår svenska, som genom en demokratisk representation av folkets vilja stiftar lag, både federal lag som gäller över hela landet och statlig lag som gäller i de respektive delstaterna. Men den främsta rättskällan är som bekant praxis i USA. Det innebär att det för det andra kommer att vara domaren eller domarna som är lagstiftare och skapar rätten i domen.

Det är inte en utbredd uppfattning att advokaten uppfattas som den tredje rättsskaparen i USA, trots att det är mer accepterat att denne kan ha en rättsskapande roll än i Sverige. I USA är det inte på samma sätt som i Sverige så att man väljer en yrkesbana (till exempel domstol, advokatbyrå eller universitet) och sedan stannar där i större delen av sitt yrkesliv. I USA förväntas man tvärt om att byta yrkesbana ofta.⁹⁷ Detta avspelas i att alla domare tidigare har arbetat som ombud i domstolen. Och det är först när de lämnar sin roll som ombud och intar den dömande rollen som det är fullt accepterat att de får agera rättsskapande. Men det blir då också tydligare att det är samma krets av jurister som är domare och advokater, så det är därför inte så underligt att advokater faktiskt kan accepteras som rättsskapare i USA, om domare kan vara rättsskapande. Men trots det är advokatens rättsskapande roll undangömd och de verkar kanske för det mesta rättsskapande i det dolda även i USA, trots att den rättsskapande rollen är mer belyst där än i Sverige.

⁹⁴ Dalhuisen s. 32.

⁹⁵ Dalhuisen s. 34.

⁹⁶ Valguarnera, Filippo, *The Transformation of the Legal Profession in Europe*, i Calleman, Catharina (Red.), *Rätten i den ekonomiska krisen*, Uppsala, Iustus Förlag, 2011, s. 71 samt Valguarnera, Filippo, föreläsning på kursen Civilprocessrätt på juristprogrammet, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, 22 september 2014.

⁹⁷ Encyclopaedia Britannica, "legal education".

3.3.1. Advokater som skapar rätt i domstol

Att de domskäl som blir praxis och gällande rätt när domstolen producerar domen många gånger i delar kan vara hämtad från advokaternas argument i domstolen, är trots allt uppmärksammat i USA till skillnad från Sverige. Redan 1966 skrev Edward Re om hur advokater inför domstolar och förvaltningsmyndigheter skapar rätt genom sina inlagor. Det finns till exempel fall där bevingade ord i domar uppfattas som domarens, när dessa ord egentligen var skrivna av en av advokaterna i målet och inplockade i domen.⁹⁸ Intressant att lyfta fram är Karl Llewellyns uttalande om advokaternas inlagor: ”*What is wanted is a passage which can be quoted verbatim by the court, a passage which so clearly and rightly states and crystallizes the background and the result that it is recognized on sight as doing the needed work and as practically demanding to be lifted into the opinion.*”⁹⁹ Här förespråkas det alltså till och med att domstolen *ordagrant* ska plocka in advokatens ord i domen.

Det finns även andra typer av åsikter i amerikanska sammanhang som går ut på att det är advokater som skapar rätten i domstol. Dessa argument tar utgångspunkt i att advokaterna skapar rätten efter sina ekonomiska intressen, på ett sätt som är fördelaktigt för dem själva, till exempel vad gäller skadeståndsrätt. Har advokaten exempelvis ett villkorat arvode, så blir dennes ekonomiska intresse moroten för att skapa rätten på det sättet att klienten vinner.¹⁰⁰

Det finns alltså sedan en tid tillbaka en uttalad acceptans för att advokaterna genom sina inlagor och argumentation skapar rätt. Det förefaller vara en följd av den ackusatoriska processen, som innebär att domaren har en tillbakadragen roll, och rättsfallens bindande natur som den främsta rättskällan. Det verkar ganska accepterat att domaren blir påverkad och till och med utgår från advokaternas argumentation, inte bara i domstolar utan även i förvaltningsmyndigheter.¹⁰¹

3.3.2. Upphovsrätt på inlagor

I nyare amerikanska texter om advokater som skapar rätt i domstolen, finner man en gren som diskuterar om advokater kan ha rätt till upphovsrätt på sina inlagor till domstol i rättegångar som gäller grupptalan.¹⁰²

Diskussionen tar avstamp i att rättegångar i form av grupptalan ofta blir mycket omfattande processer, med mycket material och där advokaten får presentera omfattande inlagor och argumentation för domstolen både vad gäller fakta i målet och rättslig argumentation. Dessa rättegångar brukar även handla om ganska komplex lagstiftning och eftersom det ofta rör sig om stora summor, läggs mycket resurser ner från advokaternas sida på att utveckla juridiska

⁹⁸ Re, Edward D, *The Lawyer as a Lawmaker*, American Bar Association Journal, Vol. 52, 1966, s. 159-160.

⁹⁹ Re s. 160 som har hämtat citatet från Llewellyn, *The Common law tradition*, 241 (1960).

¹⁰⁰ Rubin, Paul H., Bailey, Martin J., *The Role of Lawyers in Changing the Law*, The Journal of Legal Studies, Vol. 23, Nr. 2, 1994, s. 827-828.

¹⁰¹ Re s. 156-160.

¹⁰² Kobayashi, Bruce H., Ribstein, Larry E., *Class Action Lawyers as Lawmakers*, Arizona Law Review Vol. 46:733, 2004.

argument. Grupptalanrättegångar får på så vis goda förutsättningar för att bli prejudikat och verka rättsskapande.¹⁰³ Men diskussionen gäller även för andra rättegångstyper, det behöver inte röra sig om just grupptalan.¹⁰⁴

I diskussionen hävdar man att det finns två tillfällen då advokater drabbas av fripassagerarproblem¹⁰⁵ av andra aktörer när de lämnar in sina inlagor.

För det första uppstår problem i förhållande till andra advokater. En grupptalanrättegång innebär att flera olika ombud, med olika parter, börjar med att lämna in olika stämningsansökningar till domstolen. Sen beslutar domstolen vilken advokat som ska bli den som får företräda alla käranden, vilket är ett lönsamt uppdrag. Det första problemet uppstår då när en advokat börjar med att lämna in en bra stämningsansökan som är väl genomarbetad och ibland kan omfatta flera hundra sidor. Sedan dyker det upp andra advokatbyråer som företräder andra käranden och då helt enkelt kopierar den första välskrivna inlagan. Kanske lägger de till något, tar bort något annat och lämnar sedan in den. Så ett av fripassagerar-problemen är alltså att andra advokater drar nytta av inlagorna.¹⁰⁶

Men, som Barry Adler påpekar, behöver det inte innebära något dåligt i rättsskapande hänseende. För varje ny inlaga som bygger på en annan läggs mer resurser och tid på att förfina argumenten och få dem mer övertygande och underbyggda. Det gör att den argumentation som i slutändan har skapats i domstolen och som domaren kan komma att plocka in i domskälen, är den bästa möjliga.¹⁰⁷

För det andra ser advokaterna hur domstolen ibland tar stora delar av deras inlagor och gör dem till en del av domen. På så sätt blir advokatens argumentation praxis eller rätten i frågan. I den diskussion som förs ser man det då som att advokaterna utför en samhällsnytta genom att skapa rätt, utan ersättning. Hur det än är med den saken, så tar i alla fall denna diskussion utgångspunkt i att det är advokaterna som skapar rätten som domarna sedan sätter i sina domskäl. Det förhållandet att domarna använder sig av advokaternas argumentation verkar inte ens vara något som behöver bevisas eller som förväntas möta motstånd.¹⁰⁸

I stället påpekas det att eftersom advokaterna är privata aktörer, så har de en helt annan syn på hur rätten ska skapas som domarna saknar. Domare och lagstiftare kan sakna insikt i hur effektiv rätt ska skapas, på ett sätt som advokaten kan se, eftersom advokaten praktiserar den rätt som ska skapas och då mycket står på spel för deras del. Dessutom inbjuder den akusatoriska

¹⁰³ Kobayashi och Ribstein s. 735.

¹⁰⁴ Kobayashi och Ribstein s. 780.

¹⁰⁵ ”Free-rider problems”.

¹⁰⁶ Kobayashi och Ribstein s. 736

¹⁰⁷ Adler, Barry E., *Lawyers as Lawmakers, privilege, and agency*, International Review of Law and Economics, Vol. 38, 2014, s. 146.

¹⁰⁸ Kobayashi och Ribstein s. 734.

processen och domstolens begränsade ekonomiska och tidsmässiga tillgångar till att denna får lita på vad parternas advokater har fört fram.¹⁰⁹

Ett exempel på att det faktiskt förekommer fall då domstolen tar delar ur advokaternas texter och sätter in i domen går att finna i William Lerachs kreativa, 500 sidor långa inlaga till domstolen i Enron-målet. Ungefär hälften av domstolens 120 sidor långa dom var citat och omskrivningar av Lerachs text.¹¹⁰ Kobayashi och Ribstein vill hävda att denna typ av genomarbetade inlagor kan bli ovanliga om advokaterna upplever att de utsätts för utnyttjande i och med att det inte får något för att de hjälpt till att skapa rätten och inte erhåller något skydd för vad de har skapat.¹¹¹

Diskussionen fortsätter sedan med att fundera kring på vilket sätt som advokaternas argumentation kan skyddas och upphovsrätt på inlagor till domstolen är ett förslag.¹¹² Men genom att stanna vid att se hur diskussionen förs om problemen advokaterna har, så kan man tydligt se att domstolen faktiskt använder advokaternas argumentation när de skapar rätt genom sina domar i USA.

3.4. Den svenska advokatrollens amerikanisering

Eftersom den amerikanska advokatbyråmodellen som en *legal transplant* har visat sig verkande i Sverige, så vill jag hävda att delar av den amerikanska advokatens roll har följt med. Detta eftersom en advokatbyrå inte är något annat än en samling advokater och det innebär att advokaternas roll är nära sammanknutet med advokatbyråns själva funktion.

I den amerikanska advokatbyråmodellen finns det underliggande uppfattningar av advokatrollen och advokatens egenskaper som alltså innebär att advokaten är kreativ, rättsskapande och specialiserad. Jag menar att den svenska advokatrollen har influerats av dessa uppfattningar, tagit efter och nu besitter en del av dessa egenskaper.

Men man får förstås inte glömma att den svenska advokaten, till skillnad från den amerikanska, inte har tränats i att vara rättsskapande. Eftersom den främsta rättskällan som vi kan luta oss tillbaka på när vi till exempel skriver avtal är lagstiftningen, så får vi inte samma plikt att skapa rätt åt våra klienter i Sverige. När vi är juriststudenter lär vi oss inte heller att härleda allmänna principer genom att aktivt leta efter dem i rättsfall och vi läser därför inte huvudsakligen argumentation i domar när vi lär oss juridik. Vi läser i stället tillrättalagda böcker som talar om för oss vilka de allmänna principerna är och var de går att finna i lagtexten. Vi lyssnar på samma vis på vad föreläsaren säger på ett mer passivt sätt än den amerikanska studenten som aktivt måste redogöra för det rättsfall man studerat och vilka principer man finner där. Detta gör det kanske svårt för en svensk jurist att vara rättsskapande och kreativ på samma sätt som en

¹⁰⁹ Kobayashi och Ribstein s. 734-735 och 743.

¹¹⁰ Kobayashi och Ribstein s. 744.

¹¹¹ Kobayashi och Ribstein s. 745.

¹¹² Kobayashi och Ribstein s. 780.

amerikansk, som har tränat på det sen denne var student. Trots detta vill jag hävda att juristerna i Sverige, när de väl är examinerade och börjar på en stor advokatbyrå, står inför en ny inlärningsprocess, influerad av den amerikanska. På byrån lär de sig att vara mer rättsskapande och kreativa än på juristprogrammet, trots att det inte finns riktigt samma förutsättningar som det gör i USA. Visserligen är praxis inte vår främsta rättskälla i Sverige, men det konstateras numera att domstolen faktiskt skapar rätt. Vidare behöver de svenska advokaterna inta den kreativa, rättsskapande rollen och härma sina amerikanska kollegor om de ska ha en chans att konkurrera på den internationella marknaden där *lex mercatoria* till hög grad liknar *common law*.

Så jag är trots allt av uppfattningen att den svenska advokaten i allt större grad tar en rättsskapande roll, om än inte lika stark som den amerikanska som finner det mer naturligt.

Men den svenska advokaten har tagit sin rättsskapande roll i tystnad och kanske till och med omedvetet. Det har i varje fall inte uppmärksammats att advokatens roll har influerats av den amerikanska och att den ibland kan vara rättsskapande. Diskussionen i Sverige har än så länge bara kommit till att reflektera kring om *domaren* kan ha en rättsskapande roll, vilket förstås är ett första steg och en förutsättning för att advokaten ska kunna verka rättsskapande i domstolen så som uppsatsen gör gällande.

4. PRAXIS OCH DOMARENS RÄTTSSKAPANDE ROLL

4.1. Inledning

Den rättsskapande advokaten har trätt fram i Sverige som en följd av den amerikanska advokatbyrån i form av en *legal transplant*. För att få en djupare förståelse för den rättsskapande advokaten, så vill jag undersöka hur man ser på praxis och hur man ser på domaren som rättsskapare i Sverige och USA. På så sätt kan man se med vilka förutsättningar advokaten är rättsskapande i USA och om den amerikanska advokatrollen skaver mot förutsättningarna i Sverige.

4.2. Sverige

4.2.1. Praxis

Rättspraxis innebär som bekant de rättsfall som våra domstolar producerar. De kallas prejudikat då de blir ledande för hur vi ska bedöma en liknande situation i framtiden. I det svenska rättssystemet är praxis inte en bindande rättskälla och hamnar vanligtvis på en tredjeplats i rättskällehierarkin efter lagtext och förarbete.¹¹³

Men precis så enkelt är det kanske inte. Till att börja med samspelar praxis som rättskälla med andra rättskällor i hierarkin. Praxis kan fungera som ett sätt att uppmärksamma lagstiftaren på att något måste göras. Domstolspraxis kan även vara ett sätt att skapa en rättsregel snabbare än att vänta på en lång lagstiftningsprocess.

På ett annat sätt har praxis ett särskilt förhållande till doktrin. När domstolen står inför att skapa en ny rättsregel på ett område där det inte finns någon tydlig lag, några träffande förarbetsuttalanden eller upplysande praxis, söker sig domstolen ofta till doktrin. Ett exempel utgör frågan om vem som i allmänhet ska bära bevisbördan i dispositiva tvistemål. Det finns inte något allmänt uttalande i lagtext eller förarbeten om vem som ska bära bördan. I de rättsfall som finns hänvisar domstolen då till diskussionen som förs i doktrin, när man avgör vem som ska bära bördan i ett specifikt fall. De teorier som får störst genomslag i den doktrin som domstolen konsulterar är de teorier som i sin tur har störst genomslag i praxis.¹¹⁴ Praxis och doktrin samverkar därför med varandra. Praxis har alltså en särskild relation till andra rättskällor och förhåller sig aktivt till dem när den utgör sig själv.

¹¹³ Svensson, Eva-Maria, *Boundary-Work in Legal Scholarship*, i Gunnarsson, Åsa, Svensson, Eva-Maria och Davies, Margaret (Red.), *Exploiting the Limits of Law: Swedish Feminism and the Challenge to Pessimism*, Hampshire, England, Ashgate Publishing Limited, 2007, s. 36 om Lehrbergs rättskällehierarki.

¹¹⁴ Heuman, Lars, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2005, s. 31 f och 514 f.

Men man kan också fråga sig vad praxis egentligen är och vad det innebär. Det förefaller vara en enkel fråga att besvara, något man lär sig under de första veckorna, om inte dagarna, på juristprogrammet. Eller?

Under rubriken ”Rättspraxis” skriver Agell, Malmström och Ramberg att ”[n]är en lagtext är svårtolkad eller när en fråga inte får sitt svar i skriven rätt är det naturligt att söka stöd i den bedömning som domstolarna gjort i tidigare likartade rättsfall. Högsta domstolens (HD:s) avgöranden är särskilt viktiga eftersom domare i underrätterna (tingsrätter och hovrätter) i princip måste följa HD:s praxis.” Så förklarar författarna vad praxis är och hur det ska användas i juristprogrammets vanliga introduktionsbok *Civilrätt*.¹¹⁵

Vi får alltså som nyblivna studenter på juristprogrammet veta att praxis är de rättsfall som domstolarna producerar. Sedan lär vi oss att hitta, läsa och hänvisa till dessa domar. Men reflekterar vi någonsin över vem det är som står för det vi läser? Ibland kan vi läsa att en och annan domare är skiljaktig eller lägger till något för egen del. Då framstår det tydligare att det är en domare och inte bara den anonyma ”domstolen” som för argumentation och kommer fram till en lösning.

Jag skulle vilja föreslå att praxis inte är så okomplicerat som det kanske kan framstå, eftersom varje rättsfall återspeglar den faktiska rättegång som utspelade sig i domstolen. I vår ackusatoriska domstolsprocess är domaren under rättegången relativt passiv, särskilt om det finns kunniga advokater på båda sidor som kommer från stora byråer. De argument och avvägningar som domstolen sedan presenterar som det färdigskrivna rättsfallet är då inte enbart domstolens egna, vill jag påstå. Det är inte uteslutande domaren som skapar argumenten som finns i rättsfallet, utan ombuden har en stor del i detta.

Vad vi läser är då inte ett resultat av att parterna matar domstolen med omständigheter av vad som hänt i fallet och att domstolen sedan som en subsumtionsmaskin matchar dessa omständigheter med den rätt som finns eller skapar den rätt som behövs.¹¹⁶ I realiteten har advokaterna fört väl underbyggda resonemang som på ett argumenterande sätt visar att rätten borde vara på ett sätt som är till fördel för just deras klient. Dessa argument vore det konstigt om domstolen inte använde eller i alla fall tog utgångspunkt i när de sedan formulerar sina domskäl.¹¹⁷ Tore Landahl har exempelvis uttryckt det så att han ”kan emellertid försäkra att jag många gånger hört briljanta pläderingar som i hög grad bidragit till mitt ståndpunkttagande i målet”.¹¹⁸

¹¹⁵ Agell, Anders, Malmström, Åke, i samarbete med Ramberg, Christina, *Civilrätt*, Liber, Malmö, upplaga 21:2, 2010, s. 31.

¹¹⁶ Jämför varianten *da mihi factum, dabo tibi ius* (ge mig fakta och jag ger dig rätten) av *jura novit curia*.

¹¹⁷ Se Danowsky Peter, *Rollerna i domstolen – Några reflektioner angående atmosfären i rättssalen (framförda vid en paneldiskussion i Svea hovrätt den 31 mars 1998)*, i Danowsky, Peter, *Advokatycket, upphovsrätten och yttrandefriheten – en artikelsamling*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2012, s. 59. Här citeras Tore Landahl som i sin tur berättar om hur domare kan lyssna mycket noga och ta mycket intryck från advokaternas pläderingar i domstolen.

¹¹⁸ Danowsky (*Rollerna i domstolen*) s. 59.

Så när vi läser rättsskapande praxis är det kanske inte helt klart för oss vem det är som berättar om hur rätten ska skapas. Det kan vara svårt att se om det är advokaterna eller domarna som talar i rättsfallet. Vi väljer att omsvepa talarens röst med det dimmiga begreppet ”domstolen”, kanske för att undvika att fundera på vem det är vi lyssnar till.¹¹⁹

4.2.2. *Domare som rättsskapare*¹²⁰

I Sverige har man kunnat observera att i vart fall Högsta domstolen (HD) och Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) kan skapa rätt genom sin praxis. På vissa håll finns det till och med en acceptans för att domstolar skapar rätt, medan det enligt andra åsikter ses som ett problem.

Vår juridiska tradition innebär som ovan nämnt att lagstiftningen är den främsta rättskällan och att den typiska lagstiftaren¹²¹ inte är domaren. Trots att praxis i form av prejudikat inte på samma sätt som en lag är bindande, följs de i praktiken. Det innebär att domstolen trots allt agerar som rättsskapare eftersom den skapar normer som följs.

I och med att domstolarna skapar rätt tar de också en viss makt till sig. Man kan se det som att denna makt som domstolarna har tagit i motsvarande mån försvinner från den politiska, lagstiftande enheten i ett nollsummespel. Det är förstås inte så konstigt att se det på just detta sätt eftersom domstolarna skapar rätten utan demokratiskt stöd i ryggen.¹²²

Det finns de som håller sig kritiska till att HD agerar rättsskapare och som uppmanar till en större försiktighet och återhållsamhet när HD tar lagstiftarrollen och betar sig aktivistiskt.¹²³ Wersäll pekar på att HD historiskt sett har haft en försiktig roll som rättsskapare, men visar samtidigt hur domstolens makt har växt sig större när den politiska makten blivit mindre.¹²⁴ Kritiken mot att HD agerar rättsskapande verkar främst ligga i att mer överväganden och arbete från en demokratisk synpunkt ligger bakom lagstiftning i förhållande till praxis.¹²⁵ Domarens egna värderingar riskerar förstås att påverka rätten som skapas när denne ensam eller

¹¹⁹ Jämför Bladini, Moa, *I objektivitetens sken – en kritisk granskning av objektivitetsideal, objektivitetsanspråk och legitimeringsstrategier i diskurser om dömande i brottmål*, Makadam förlag, Göteborg, 2013, s. 56 f om Haraways gudstrick som innebär att författaren till en text osynliggör sig själv och s. 285 ff om de olika röster som finns (eller saknas) i en dom.

¹²⁰ Jag väljer att relativt kortfattat redogöra för diskussionen om domstolarnas rättsskapande roll eftersom uppsatsens syfte är att utreda om advokaten har en rättsskapande roll. För den som är intresserad finns det dock ett tema på Svensk Juristtidning om domstolarna och makten på <http://svjt.se/tema/domstolarna-och-makten> (2/11-2015).

¹²¹ När jag i uppsatsen använder mig av begreppet ”lagstiftaren” så är det för att beskriva det som sker när riksdagen röstar igenom en lagstiftning på det ”traditionella” sättet att skapa rätt på.

¹²² Lindblom, Per Henrik, *Domstolarnas växande samhällsroll och processens förändrade funktioner – Floskler eller fakta?*, SvJT 2004 s. 229, s. 238-240 samt Munck s. 196.

¹²³ Wersäll, Fredrik, *En Offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning*. SvJT 2014 s. 1.

¹²⁴ Wersäll s. 2-3.

¹²⁵ Wersäll s. 7-8.

tillsammans med ett fåtal personer skapar rätt.¹²⁶ ”Domstolarna ska följa [rätts]utvecklingen men inte leda den”, menar Wersäll.¹²⁷

Som Munck påpekar är det dock så att lagstiftaren ibland medvetet lämnar frågor att avgöras i domstolen eftersom de inte är lämpliga att lagstifta om.¹²⁸ Munck menar vidare att en av HD:s roller är att rätta till systemfel som lagstiftaren orsakar i rättssystemet.¹²⁹ Domstolen kan dessutom skapa rätt snabbare än lagstiftaren. En annan fördel är att domstolen kan skapa rätt om sådant som lagstiftaren inte kan lagstifta om. Man kan jämföra med EU-domstolen som i Costa-målet slog fast att EU-rätten går före nationell lag.¹³⁰ Det hade knappast gått att ”lagstifta” om i EU på så sätt att alla medlemsländer skulle rösta igenom det. Skulle det sedan vara så att domstolen skapar rätt som är helt upp åt väggarna, kan lagstiftaren förstås göra en återställare på samma sätt som det fungerar i *common law*.¹³¹ För att inte föregå eller sabotera för lagstiftaren kan domstolen också mycket väl ha uppsikt över lagstiftarens aktiviteter,¹³² på så sätt tar domstolen i alla fall hänsyn till de demokratiska överväganden som lagstiftaren står inför.

Vidare kan man argumentera för att trots att svenska domare traditionellt sett är relativt respektfulla i förhållande till lagen, så har en förändring skett i regeringsformen, vår konstitution, som öppnar för att domaren kan få en mer rättsskapande roll. Uppenbarhetsrequisitet i 11 kapitlet 14 § regeringsformen har tagits bort, vilket ger domstolarna en mer omfattande möjlighet att faktiskt åsidosätta viss lagstiftning, i förmån för annan. På så vis blir domstolen rättsskapande. Att regeringsformen har förändrats och blir mer använd på detta sätt kan tala för att domstolarna får en mer rättsskapande roll, eftersom man ofta ser starka, karismatiska konstitutioner i rättssystem där domstolarna just har en rättsskapande roll.¹³³

Sammantaget kan man kortfattat säga att det numera inte är helt främmande att i Sverige tala om domstolen som ett rättsskapande organ, men att det sker med ett visst, kanske nödvändigt, motstånd. Domstolen är inte en av demokratin erkänd lagstiftare, men är trots allt ett statligt organ. Emellertid är vår främsta rättskälla lagstiftningen, ett prejudikat är inte bindande och det kan trumfas med ett nytt prejudikat eller lagstiftning. Så trots allt gör det kanske inte så stor skada om domstolen agerar rättsskapande eftersom det kan rättas till av den främsta rättskällan.

¹²⁶ Lindblom s. 258.

¹²⁷ Wersäll s. 8.

¹²⁸ Munck, Johan, *Högsta domstolen som normbildare*, i Wersäll, Fredrik m.fl. (Red.), *Svea hovrätt 400 år*, Stockholm, Norstedts Juridik AB, upplaga 1:1, 2014, s. 187.

¹²⁹ Wiklund, Ola, *Om Högsta domstolens rättsskapande verksamhet – löper domstolen amok?* Ola Wiklund, SvJT 2014 s. 335, s. 338.

¹³⁰ Domstolens dom den 15 juli 1964. - *Flaminio Costa mot E.N.E.L.* - Begäran om förhandsavgörande: Giudice conciliatore di Milano. - Mål 6/64. Se Wiklund s. 338-339.

¹³¹ Wiklund s. 338-339 samt Munck s. 197-198.

¹³² Munck s. 189.

¹³³ Valguarnera, Filippo, *Judicial Policymaking in Sweden: A Comparative Perspective*, Scandinavian Studies in Law, Vol. 61, 2015, s. 188-189 samt 207-208.

4.3. USA

4.3.1. Praxis

Den amerikanska rättens främsta rättskälla är praxis som produceras av domstolarna. I ett *common law*-system finner man de allmänna, abstrakta rättsreglerna i praxis. Den skrivna lagstiftningen har i stället uppgiften att rätta till de fraktioner som uppstår i denna praxis. Om lagstiftaren till exempel finner att praxis rör sig åt fel håll eller inte löser en viss fråga, kan lag stiftas för att rätta till eller fylla ut.¹³⁴

Ett rättsfall omfattar mer text än en lagstiftning och är inte skriven på samma sätt. Eftersom praxis är bindande i USA behöver det därför finnas ett sätt att avgöra vilken del av texten i rättsfallet som utgör den bindande rätten. Den del av rättsfallen som blir den rätt som ska följas med prejudicerande verkan kallas *ratio decidendi* och annat som står i rättsfallet, men som inte ska vara bindande kallas *obiter dictum*. Det kan emellanåt vara svårt att avgöra vad i ett rättsfall som är *ratio decidendi* och vad som är *obiter dictum*,¹³⁵ men ett exempel på det senare är skiljaktiga meningar som majoriteten inte ställer sig bakom. Det är förstås viktigt att ha en säkerhetsventil så att inte allt som står i rättsfallet blir bindande eftersom det är svårt att ändra då det blir ett prejudikat. När rättsfallet blir ett prejudikat ska alla andra fall med omständigheter som passar prejudikatet dömas på samma sätt.¹³⁶

Amerikanska (och även andra *common law*-länders) rättsfall är ofta långa i en svensk jurists ögon. Ännu längre är de i till exempel en fransk jurists ögon eftersom de är vana vid rättsfall som i stort sett alltid är en eller ett par sidor långa.¹³⁷ Att de franska rättsfallen är så korta beror på att man traditionellt sett enligt Montesquieus maktodelningslära ser domstolen som lagstiftarens mun och alltså absolut inte som en rättskapare. Domstolen ska bara kort förklara vilken lag som är tillämplig och vad konsekvensen av det blir.¹³⁸ Man har försökt att skilja domstolen från politik.¹³⁹

Att de amerikanska rättsfallen är långa i våra ögon beror på att domarna noggrant går igenom fakta och argumentation och även för att flera av domarna gärna (särskilt i USA:s högsta domstol) ger sin egen skiljaktiga mening till hur det vill döma och varför, trots att de kanske kommer till samma slutsats som majoriteten.¹⁴⁰ Det är förstås viktigt att det är tydligt hur resonemangen har förts och hur domarna har uppfattat omständigheterna, om rättsfallet kommer

¹³⁴ Zweigert, Konrad, Kötz, Hein, översatt av Weir, Tony, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, tredje reviderade upplagan, 1998, s. 69 f och 181.

¹³⁵ Zweigert & Kötz s. 260.

¹³⁶ Zweigert & Kötz s. 260.

¹³⁷ Se till exempel de två fallen *GP 1936. 2. 893 Case Société cultuelle de secours israélite de Saint-Fonsv. Barouk Bittoum* från den 18 september 1936 och *GP 1930. 1. 413 Case Delville et ses fils v. Habasque* från den 20 januari 1930 som dömts av franska Cour de Cassation, de är tre respektive knappt två och en halv sida långa.

¹³⁸ Zweigert & Kötz s. 89.

¹³⁹ Valguarnera (*Judicial Policymaking in Sweden*) s. 198.

¹⁴⁰ Se till exempel *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), *Planned Parenthood of Southeast Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) och *Lawrence et al. v. Texas*, 539 U.S. (2003) som är 40, 14 respektive 52 sidor långa.

att utgöra rätten. Det påminner kanske lite om våra svenska förarbeten som vi litar så mycket till, de är också en redogörelse för hur man resonerade när man skapade lagen och det ser vi som något viktigt för att kunna förstå rätten.

De amerikanska domarna kan även se ett utbildningssyfte i att de har skiljaktiga meningar i en dom, trots att de kommer fram till samma slutsats. I och med att juriststudenterna läser rättsfallen när de lär sig juridik får de hela tiden se olika sätt att argumentera för samma eller en motsatt sak. Det kanske uppmuntrar dem till att vara kreativa och skapa sin egen argumentation när de sedan själva befinner sig i rätten.

I USA verkar domarna således inte vara lika insvepta i den dimmiga termen ”domstolen”. Snarare framträder de mer som tydliga personer som står för argumenten i domen. Att det kan vara advokaternas argument som domstolen plockar upp och redovisar som sina egna verkar dock inte alltid framgå tydligt.¹⁴¹ Kanske är det inte heller i de amerikanska domarna så lätt att komma underfund med vad det är man ser. Men vi kan nog ana de amerikanska rösterna i rättsfallen mer än de svenska.

4.3.2. Domare som rättsskapare

Eftersom praxis är den främsta rättskällan i USA, så är det inte förvånande att man inte ser något underligt i att domare är rättsskapare. Det finns därför inte någon liknande diskussion i samma omfattning i USA som det finns i Sverige om att det skulle vara problematiskt att domaren skapar rätt. Tvärt om är domaren en mer självklar lagstiftare som samspelar med folket i och med att den demokratiska lagstiftaren rättar till om praxis skulle röra sig i fel riktning eller tar hand om det som domarna lämnar orört.¹⁴²

Något annat att uppmärksamma är att domare i USA är politiskt tillsatta, så på en annan nivå än våra svenska domare är de amerikanska domarna företrädare för folket.¹⁴³ På så sätt förefaller det kanske ännu mer naturligt att domarna kan skapa rätt eftersom de har tillsatts utefter folkets demokratiska preferenser.

I USA är juridik och politik nära förbundna och Montesquieus strikta maktodelningslära som skulle innebära att domaren inte är mer än lagstiftarens mun, stämmer inte alls. Domaren intar i stället en central roll och agerar kreativt och rättsskapande genom att använda ett elegant och underhållande språk.¹⁴⁴

Ytterligare något som kan ha påverkat uppfattningen om domarens rättsskapande roll är den amerikanska rättsrealismen som fick stort genomslag i USA. Den innebar i korthet att om man

¹⁴¹ Se ovan i avsnitt 3.3.1 där man i USA felaktigt kan tillskriva domaren de bevingade ord som finns i domarna trots att det ibland är advokaterna som skrev dem i sina inlagor.

¹⁴² Zweigert & Kötz s. 69 f och 181.

¹⁴³ Zweigert & Kötz s. 241.

¹⁴⁴ Valguarnera (*Judicial Policymaking in Sweden*) s. 191-192.

vill veta vad rätten är, så ska man betrakta domarna och se vad de gör.¹⁴⁵ Fokus hamnar på domaren och dennes agerande och ord ses som det som utgör rätten.

4.4. Ger skillnaderna utrymme för advokatens rättsskapande roll?

Vad man kan se av det ovan presenterade materialet är att man i Sverige och USA har olika uppfattning om vad praxis innebär i fråga om vilken dignitet det har som rättskälla och tydligheten av vem som står för orden man läser. Det finns även olikheter i hur man ser på domaren som rättsskapare. Det leder till att när den amerikanska advokatbyråmodellen påverkar de svenska advokaterna att bli mer kreativa och rättsskapande, får det inte samma följd här i Sverige som i USA. Eftersom det inte är lika accepterat att domstolen skapar rätt i Sverige, är det som en följd också svårare att acceptera att denna rätt egentligen kan vara skapad av advokaterna i målet. Men då det trots allt finns en acceptans för domstolsskapad rätt även i Sverige, öppnas utrymme för den vidare diskussionen om advokatens rättsskapande. Vidare får det inte samma avgörande effekter i Sverige att advokaterna skapar rätt, som i USA, eftersom praxis inte är vår främsta rättskälla.

Advokaten har en rättsskapande roll i både USA och Sverige, men de skillnader som finns i hur man ser på praxis och domstolen som rättsskapande gör att advokatens rättsskapande roll syns olika mycket. I Sverige syns den inte lika tydligt som i USA eftersom praxis inte är lika högt värderat som lagtext, eftersom det inte är lika tydligt vem som talar i rättsfallen och eftersom domstolens rättsskapande roll inte är helt accepterad. Men jag har inte funnit någon skillnad som skulle göra att advokaten i Sverige i mindre omfattning skulle vara rättsskapande än vad den är i USA.

Det finns tillräckligt många likheter mellan systemen för att man ska kunna konstatera att advokaten kan vara rättsskapande i liknande utsträckning i båda länder; den ackusatoriska processen, att domaren trots allt (om än till olika grader) betraktas som rättsskapare, att praxis (om än med olika tyngd) kan utgöra rätt och att den svenska advokaten mer och mer tar efter den amerikanska kollegan.

En viktig skillnad mellan systemen återstår dock - *jura novit curia*.

¹⁴⁵ Zweigert & Kötz s. 246.

5. JURA NOVIT CURIA – EN ANNAN TROLLFORMEL

5.1. Innebörd

”Jura novit curia”, ropade advokaten och viftade med sitt trollspö för att få domstolen att inse vad rätten innebar i frågan som målet behandlade.

Fast så går det ju förstås inte till. Jura novit curia är den juridiska princip som ska garantera att ombuden i en tvist inte behöver åberopa de normer som är tillämpliga i målet, det gör domstolen ex officio. Det blir i förstås också en *skyldighet* för domstolen att veta om vad rätten innebar.¹⁴⁶

Principen om jura novit curia är inte lagfäst. Möjligtvis kan 35 kapitlet 2 § andra stycket första meningen i rättegångsbalken tyda på att principen ska vara gällande: ”*Ej heller erfordras bevis om vad lag stadgar.*”, men lagrummet är inte en tydlig kodifiering av principen.¹⁴⁷

Trots att det finns flera likheter mellan den svenska och amerikanska processen, så finns det en viktig skillnad i form av principen jura novit curia. Eftersom principen faktiskt innebär att det är domstolen som ska känna till rätten, och inte ombuden, så bjuder den in till att medföra att den svenska advokaten inte ska syssla med rättsregler, utan enbart ge domstolen omständigheterna i målet. Det skulle tala emot att advokaten har en rättsskapande roll eftersom denne då i oklara fall skulle nöja sig med att återge omständigheterna för domstolen och vänta och se vad domstolen kommer fram till.

5.2. Rättshistoria

Principen om jura novit curia kan man finna i den medeltida, romerska rätten i Europa och den innebar då att domarna förväntades kunna den romerska rätten och den lagstiftning som gällde för domstolens jurisdiktion. Däremot förväntades domstolen inte känna till sedvanerätt och rätt som hörde till en annan jurisdiktion, det sågs i stället som fakta, vilket det var upp till parterna att åberopa.¹⁴⁸

Eftersom den romerska rätten under senare delen av medeltiden i stort sett erövrade hela Kontinentaleuropa, så är det inte underligt att man nu kan återfinna principen i de rättssystem som hör till *civil law*. Principen passar bra till den inkvisitoriska processen som karakteriserar *civil law*, där domaren har en mer aktiv och efterforskande roll. Det är naturligt att domstolen kan vara självständig och själv utreda vilka rättsregler som ska tillämpas.

¹⁴⁶ Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Heuman, Lars, *Rättegång IV*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, upplaga 7:2, 2009, s. 302-304.

¹⁴⁷ Westberg, Peter, *Civilrättskipning*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, upplaga 1, 2012, s. 332-333.

¹⁴⁸ Petersen, Clement Salung, *Treaties in Domestic Civil Litigation: Jura Novit Curia?*, Nordic Journal of International Law, Vol. 80, Nr. 3, 2011, s. 371-372 och Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, *Rättegång I*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, upplaga 8:7, 2002, s. 61.

Däremot blev England, moder till *common law*, som bekant inte lika influerad av den romerska rätten och det kan ha resulterat i att man inte finner principen i de rättssystem som hör till *common law*. Vidare passar den inte in i den ackusatoriska processen som så ofta förekommer i *common law*-system. Man kan förstå varför *common law*-jurister höjer på ögonbrynen när de får höra om *jura novit curia*, eftersom de är vana vid att domaren i deras ackusatoriska process har en passiv roll och att det är ombudens ansvar att sätta processens ramar och ta upp vad de vill att domstolen ska bedöma, även rättsregler.

I Sverige fanns principen redan i Olaus Petris domarregler som författades omkring 1554.¹⁴⁹ Med tanke på att det aldrig funnits advokattvång eller advokatmonopol i Sverige har principen fyllt en viktig funktion, eftersom den part som inte känner till rätten ändå kan föra talan i domstol. Det är tillräckligt att parten redogör för omständigheterna och sen är det upp till domstolen att finna den rätt som ska tillämpas; *da mihi factum, dabo tibi ius*¹⁵⁰.

5.2.1. Det svenska rättssystemet bryter mönstret

Vad som blir spännande för Sveriges del är att det svenska rättssystemet brukar klassificeras som tillhörande den skandinaviska rättsfamiljen, eller om den skandinaviska inte tillerkänns som en egen familj, *civil law*.¹⁵¹ I Sverige gäller också som bekant principen *jura novit curia*. Trots detta är uppfattningen att den svenska domstolsprocessen är av ackusatorisk typ och inte inkvisitorisk. Ovan har vi kunnat se ett mönster där faktorerna *civil law*, inkvisitorisk process och *jura novit curia* hör samman och på motsvarande sätt *common law*, ackusatorisk process och avsaknad av principen hör ihop. Sverige bryter mot detta mönster genom att ha en mer ackusatorisk domstolsprocess, men trots det *jura novit curia*.

Det skulle kunna innebära att principen inte har ett lika starkt fäste i Sverige som i andra länder som hör till *civil law*. Principen har visserligen en viktig funktion att fylla eftersom det fortfarande varken finns advokattvång eller advokatmonopol i Sverige. Utan principen i dessa mindre mål försvinner en stor del av skydds nätet som finns för att varje person ska kunna företräda sig själv i domstol. Men om vi ser till de stora tvisterna, med stora amerikaniserade advokatbyråer och rättsskapande och kreativa advokater, så förefaller principen inte fylla någon funktion. Ombuden på dessa byråer har en sådan specialistkunskap i frågorna som målen rör att de förmodligen är mer insatta än domarna själva.¹⁵²

¹⁴⁹ Westberg s. 333.

¹⁵⁰ Den alternativa formuleringen av principen som ungefär betyder *ge mig fakta, så ger jag dig rätten*.

¹⁵¹ Zweigert, Konrad, Kötz, Hein, översatt av Weir, Tony, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, tredje reviderade upplagan, 1998, s. 277.

¹⁵² Jämför Ramberg, Christina, "Give me the Law" *Avskaffa Jura novit curia!*, Advokaten nr. 8, årgång 72, 2006, där Christina Ramberg förespråkar att *jura novit curia* ska avskaffas och att vi i stället ska införa advokattvång för att bespara domarna onödig utredningstid.

5.3. En närbild av *jura*

Jura novit curia: domstolen känner *rätten*. Vad innebär egentligen *rätten*, det vill säga det som domstolen ska känna till? Vad är det som de förväntas kunna och som man som part eller ombud inte behöver åberopa? Vad innebär *jura*?

Uppfattningen tycks vara att det enbart är den offentliga normbildningen som omfattas av *jura novit curia* och inte den privata. Med den offentliga normbildningen menas till exempel lag, offentlighetsrättslig författning, allmänna rättsprinciper, domstolspraxis och vissa normer som utformats av myndigheter.¹⁵³ Ekelöf benämner det som omfattas av *jura novit curia* som rättstillämpningsfakta (till skillnad från rättsfakta) och anger att det som omfattas är rättsregler, till exempel lagstiftning och praxis.¹⁵⁴ Ekelöfs rättstillämpningsfakta verkar motsvara den offentliga normbildningen. Till den privata normbildningen hör däremot bland annat handelsbruk, sedvana, avtalsvillkor, standardavtal och partsbruk.¹⁵⁵ Denna privata normbildning uppfattas som rättsfakta, som det är parterna som måste föra in i målet enligt 17 kapitlet 3 § andra meningen rättegångsbalken.¹⁵⁶ Detta påminner om sättet som principen skulle uppfattas på medeltiden då den romerska *rätten* var det som domstolen förväntades kunna och parterna fick åberopa utländsk rätt och sedvanerätt.

Jura, eller *rätten*, verkar alltså omfatta ”gällande rätt”. ”Gällande rätt” är i sig ett svårfångat begrepp som jag uppfattar det som att man aldrig kan bestämma. *Rätten* är dynamisk och förändras hela tiden. Därtill är frågan om vad som är rättskällor föränderlig och olika på olika juridiska områden. Dessutom är våra rättskällor uppbyggda av mindre beståndsdelar som inte behöver vara i harmoni och som kan förändras över tid.¹⁵⁷ Det innebär att det ändå är oklart vad det är som domaren ska känna till trots att vi kallar det ”gällande rätt”. Det blir då förstås mycket för en domare att hålla i huvudet, även om vi skulle nöja oss med att bestämma gällande rätt till de traditionella rättskällorna, när man möts av olika mål varje dag i domstolen. Kan varje domare verkligen förväntas känna till detaljregleringen på ett specifikt område i till exempel miljö rätt eller entreprenadrätt? Särskilt när det krävs specialiserade ombud för att kunna föra talan för parterna. Ombud som har ägnat större delen av sitt yrkesliv åt just detta rättsområde.

Något som är värt att notera är att den rätt som skapas av advokater i domstol med domaren som ett filter, får en underlig position. När det då inte finns någon klar lagstiftning, förtydligande förarbeten eller praxis i en fråga och domstolen med advokatens hjälp står inför att skapa *rätten*, vad innebär *jura novit curia* då? Eftersom det inte finns någon rätt att känna till, vems ansvar är det att ta upp den rätt som ska skapas och sedan bli en del av *jura*, men först efter det att domen skrivits? Eftersom den genom rättsfallet skapade *rätten* inte finns i det

¹⁵³ Westberg s. 333-334.

¹⁵⁴ Ekelöf (*Rättegång IV*) s. 302-303.

¹⁵⁵ Westberg s. 334-335.

¹⁵⁶ Ekelöf (*Rättegång IV*) s. 302-303.

¹⁵⁷ Jämför Sacco, Rodolfo, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 39, 1991, s. 21 ff. och s. 30 ff. där begreppet rättsformanter används för att beskriva det som påverkar vad en rättsregel eller gällande rätt är.

ögonblick den tas upp i domstolen, så kan den rimligtvis inte omfattas av *jura novit curia*. Trots det förhåller sig denna ännu inte skapade rätt med allra största sannolikhet till annan nära förbunden rätt som redan finns i frågan. Det borde innebära att ansvaret att ta upp argument som rör sig kring den ännu inte skapade rätten ligger nära ansvaret att ta upp de rättsregler som är tillämpliga och som tangerar den ännu inte skapade rätten.

5.4. Vem skapar rätten?

Man kan kanske fundera över vem det är som får etiketten ”rättsskapare” på marodörkartan genom att förhålla sig till principen *jura novit curia*.

5.4.1. Domstolen

I rättssystem där principen har en stark närvaro är det domaren som har en skyldighet att efterforska den rätt som finns på ämnet och ombuden behöver inte besvara sig med rättsregler utan kan nöja sig med att redogöra för omständigheterna i fallet.¹⁵⁸ Kanske är det dock aldrig så att ombuden helt enkelt nöjer sig med att bara redogöra för omständigheterna och ser vad som händer när de matar domstolen med dessa. För att över huvud taget veta vilka omständigheter som är värda att ta upp och för att kunna bygga en argumentation i domstolen, måste ju ombuden ha en viss uppfattning av de rättsregler som finns.¹⁵⁹ Men om principen är närvarande inbjuder den trots allt ombuden till att ta ett steg tillbaka och låta domstolen vara den aktör som har det huvudsakliga ansvaret för juridiken.

Det leder till att det är domstolen som tar den rättsskapande rollen eftersom det är just domstolen som förhåller sig till den rätt som redan finns på området och för argument om hur rätten bör tillämpas eller skapas.

5.4.2. Advokaten

I ett rättsligt system där principen inte finns eller har en svag närvaro är det i stället upp till advokaterna att åberopa och redogöra för de rättsregler de vill att domstolen ska tillämpa. Domstolen har inte någon skyldighet att beakta rättsregler som advokaterna inte har åberopat. Så om det inte finns någon tydlig rättsregel så förefaller det mer självklart att det är advokaten som kommer att argumentera för hur rätten ska se ut. Advokaterna på båda sidor presenterar sina uppfattningar om hur rätten ska skapas och sedan ställer sig domstolen på den ena eller andra sidan.

På så sätt är det advokaten som tar den rättsskapande rollen i rättssystem där *jura novit curia* har en svag eller obefintlig närvaro. Domstolen fungerar mer som filtret för advokatens rättsskapande.

¹⁵⁸ Westberg s. 338.

¹⁵⁹ Westberg s. 343.

5.5. Fyller principen sin funktion?

I de mål som uppsatsen handlar om, dispositiva tvistemål med parter som har advokater från stora, amerikaniserade byråer på båda sidorna, vill jag påstå att jura novit curia inte har någon egentlig funktion.

Ombuden i dessa tvister är många gånger specialister från sina respektive grupper på advokatbyrån. Rör målet en oklar fråga som inte har något tydligt svar i lagtext, förarbeten eller praxis, så presenterar ombuden sina argument för hur de uppfattar att rätten ska se ut. De kommer med största sannolikhet att ta utgångspunkt i de rättsregler som finns på området och hänvisa och bygga upp sin argumentation kring dessa, jura novit curia till trots.¹⁶⁰

Specialiseringen av advokaterna gör att de har bättre kunskap om det rättsområde som ett mål handlar om än vad domaren har.¹⁶¹ Advokatbyråer blandar inte uppdrag som går ut på att vara försvarare i brottmål med verksamhet som har med civilrätt att göra, eftersom det är svårt att ha kunskap om flera olika områden. Även när byråerna är verksamma inom civilrätten, specialiserar de sig i särskilda ämnen.¹⁶² I de allmänna svenska domstolarna däremot behandlas tvistemål och brottmål blandat. Domarna har inte samma möjlighet som ombuden att specialisera sig eftersom de inte sitter uppdelade efter rättsområde, så som ombuden på de stora advokatbyråerna.

I och med att principen jura novit curia inte finns lagstadgad får man se till hur och om den tillämpas när man undersöker om den utgör gällande rätt. Eftersom den då inte används i den typen av mål som uppsatsen behandlar, så vill jag hävda att den inte utgör gällande rätt i just stora tvister med stora byråer på båda sidor.¹⁶³

Det innebär i sin tur att i denna typ av mål är det advokaten som intar den rättsskapande rollen eftersom principen inte är gällande eller i vart fall är svag. Orsaken till denna utveckling är advokaternas specialisering som i sin tur följer av att möjligheten till specialisering är god på de stora amerikaniserade byråerna.

¹⁶⁰ Se även Christina Ramberg (*"Give me the Law" Avskaffa jura novit curia!*) som menar att advokaterna ofta även de fall som de inte hänvisar till de rättsregler som är tillämpliga mycket väl vet vilka regler det är som gäller.

¹⁶¹ Petersen s. 372-374 om hur juridiken har blivit mer komplex och att advokater blir mer specialiserade samtidigt som domarna inte blir det i Danmark. Det är intressant eftersom Danmark också hör till den skandinaviska rättsfamiljen och därför liknar det svenska läget. Se även Heckscher, Sten, *Juristerna och makten*, i Wersäll, Fredrik m.fl. (Red.), *Svea hovrätt 400 år*, Stockholm, Norstedts Juridik AB, upplaga 1:1, 2014, s. 415 f. som pekar på att advokaten har blivit mer specialiserad och att det även kommer finnas eller kanske till och med redan finns ett krav på domaren att vara specialiserad.

¹⁶² Danowsky Peter, *Kvalitet i dömandet*, publicerad i Juridisk Tidskrift nr 3, 1998-1999, i Danowsky, Peter, *Advokatycket, upphovsrätten och yttrandefriheten – en artikelsamling*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2012, s. 56-57.

¹⁶³ Jämför Petersen s. 374 som visar på att praktiserande ombud och domare menar att principen inte längre i strikt mening är gällande i Danmark, i stället för att lyfta nya rättsliga poänger går domstolen på en av de juridiska argumentationslinjer som ombuden lägger fram.

5.6. Ger *jura novit curia* utrymme för advokatens rättsskapande roll?

Det svenska rättssystemet har en ackusatorisk process som liknar den vi ser i *common law* mer än den i *civil law*. En ny sorts advokatbyråmodell har också växt fram i Sverige, en *legal transplant*, hämtad från den amerikanska rätten som är av *common law*-karaktär och, likt Sverige, har en ackusatorisk process. Jag vill föreslå att i och med att de svenska och amerikanska systemen liknar varandra på sätt som inte det kontinentaleuropeiska och amerikanska gör, så hamnar Sverige i en särskild position vad gäller effekterna av den importerade amerikanska advokatbyråmodellen. Den amerikanska modellen i kombination med den ackusatoriska processen som förutsätter en passiv domare och aktiva advokater gör att *jura novit curia* inte längre får samma tyngd som principen hade innan de amerikanska advokatbyråerna växte fram i Sverige.

Den amerikanska *legal transplant* som byråmodellen utgör skaver med principen *jura novit curia* då modellen helt har utvecklats i ett *common law*-system, fritt från inkvisitoriska domare. Det faktum att den svenska domarrollen mer liknar den amerikanska, ackusatoriska gör att det blir mer naturligt att skjuta principen åt sidan.

På så sätt blir ombudens roll som aktiva rambildare av processen, även gällande den rätt som åberopas, tydligare.

Eftersom principen då strikt inte gäller i målen som uppsatsen behandlar, så utgör principen egentligen inte ett hinder eller en skillnad från det amerikanska systemet. Det gör att advokatens rättsskapande roll i Sverige fortfarande kan likna den amerikanska och inte märkbart hindras av *jura novit curia*.

6. INTERVJUER – EN SMULA EMPIRI

6.1. Inledning

För att uppsatsen ska bli något mer än mina egna teorier och tyckanden, så vill jag ge den substans genom att undersöka om det finns medhåll för min tes om att advokater kan ha en rättsskapande roll. Jag har vänt mig till praktiserande jurister som jag förväntar mig har en uppfattning om tesen som min uppsats behandlar. Jag vände mig till domare och ombud som har erfarenhet av stora dispositiva tvistemål i domstol och som då förväntas ha en uppfattning av om advokater skapar rätt i denna typ av mål.

6.2. Genomförande av intervjuerna

Intervjuerna som jag genomförde under hösten 2015 omfattade fyra temata. För det första frågade jag om respondentens juridiska karriär för att få reda på hur länge denne har arbetat med dömande verksamhet, respektive i ombudsrollen. Syftet med detta tema är att få en uppfattning av respondenternas erfarenhet av den typ av mål som uppsatsen behandlar. Jag antar att respondenter med mer erfarenhet har en bättre uppfattning av min tes. I det fall när jag hade respondenter med lite mindre erfarenhet, så utfördes intervjun med dem tillsammans för att de skulle kunna väga samman sina erfarenheter. För det andra frågade jag om hur ett mål eller ett ärende hanteras när det kommer in till byrån eller domstolen. Syftet var att undersöka hur mycket tid domaren respektive ombudet lägger ner på att förbereda sig och klura på oklara rättsfrågor och hur jämnvikten av juridisk kunskap ser ut. För det tredje frågade jag om deras uppfattning av *jura novit curia*, bland annat om hur ofta principen används och om den fyller sin funktion i de mål som uppsatsen rör. På detta tema var syftet att undersöka om praktikerna uppfattade att *jura novit curia* uppfyller någon funktion och om den utgör något hinder för ombudet att argumentera rättsligt. Slutligen för det fjärde frågade jag respondenterna om de uppfattade domstolen och advokaten som rättsskapande. Syftet var då att se om de håller med mig i uppsatsens tes.

När jag fick jakande svar på förfrågan om det fanns de som var villiga att ställa upp på intervju, så började jag med att skicka tillbaka en kort sammanfattning av vad min uppsats handlar om och kring vad mina frågor skulle cirkulera. När vi sedan sågs började jag igen med att kort redogöra för vad min uppsats handlar om och gav utrymme för att ställa frågor om det. Sedan förklarade jag att intervjun skulle omfatta de fyra temata. Efter det frågade jag om de önskade vara anonyma och om jag fick lov att spela in intervjun.

6.3. Tema 1: Karriär

Min fråga till respondenterna under temat om karriär var egentligen bara hur länge de har arbetat i ombudsrollen respektive i dömande verksamhet.

Juristerna som arbetade i tvistelösningsgruppen på en av de största, svenska advokatbyråerna (låt oss kalla advokatbyrån för Alpha och juristerna A1, A2 och A3) hade arbetat drygt ett år (A1), knappt två år (A2) samt fyra år (A3) på byrån. A2 hade dessutom tidigare haft praktik på en mindre byrå och A1 hade varit notarie på förvaltningsrätten i två och ett halvt år och haft en del mindre vikariat.

Hjalmar Forsberg, lagman på hovrätten för Västra Sverige, har jobbat i största delen av sitt yrkesliv på Stockholms tingsrätt. Han började som notarie 1991, var fiskal ett kort tag och sedan blev han rådman 2002. Sedan flyttades han till Södertörns tingsrätt efter ett par år och efter ytterligare ett par år flyttades han tillbaka till Stockholms tingsrätt, då som chefsrådman år 2009. 2011 flyttade han till Göteborg och blev hovrättslagman. Under de fem första åren i Stockholms tingsrätt när han var rådman sysslade han bara med brottmål. Han började anlägga tvistemål som rådman 2007 och har gjort det sedan dess. Så han har arbetat med tvistemål i tingsrätt 2007 till 2011 och tvistemål i hovrätt 2011 till idag. Totalt blir det alltså åtta års erfarenhet av dömande verksamhet i tvistemål.

Henrik Winman, lagman på hovrätten för Västra Sverige började som aspirant på hovrätten 1989 och har arbetat i dömande verksamhet till och från sedan dess.

Christer Ranch började på den traditionella domstolsbanan 1979 som tingsnotarie och blev sedan hovrättsfiskal. 1987 började han arbeta med advokatverksamhet på en liten byrå och 1990 till 1999 arbetade han på Allmänna advokatbyrån. 1999 återvände han till domstolsvälden på hovrätten och nu har han arbetat de två senaste åren på juridiska institutionen på Göteborgs universitet.

6.4. Tema 2: Hantering av ett mål eller ärende

6.4.1. Ombud

Jag började med att fråga ombuden om hur det avgörs vem eller vilken grupp det är som får ett ärende som kommer in till byrån. De svarade att när ett ärende först kommer in så kommer det direkt till en person på byrån, sedan beroende på den karaktär som ärendet är av så kommer det att hamna i den grupp på byrån som kan hantera det bäst. Är det så att det finns inslag av andra juridiska frågor i ärendet än det som gruppen i fråga arbetar med, så kan man ta hjälp av andra grupper.

Min följdfråga blev då om det finns specialistkunskap på byrån och respondenterna svarade att det är precis det som är tanken; att det är just specialisterna som ska in i ärendena. De lade till att egentligen är alla på byrån specialister på något och att även tvistelösningsgruppen som arbetar med ganska olika frågor i olika ärenden, trots allt är specialister på själva tvisten eller processen.

Jag gick sedan vidare med att fråga ombuden hur det ser ut tidsmässigt när de får in ett ärende som ska till domstol, jag undrade hur begränsningarna ser ut. Ombuden svarade att det beror på när ärendet kommer in.

”Ibland så kommer det in innan det är en tvist och då kan man ju ha ganska gott om tid att se sig omkring; hur ser det ut, vilka är fallgrupparna och vad behöver vi utreda? Och ibland så kommer vi ju in när tvisten redan är ett faktum och det finns en stämningsansökan och man ska in med ett svaromål om två veckor. Då känns det lite mer bråttom.”¹⁶⁴

A2 förklarar att det är svårt att svara på, men att om det är en allt för liten tidsram så kan man söka om anstånd hos domstolen, vilket händer. På byrån ser man därför till att skaffa sig den tid man behöver. De poängterar vidare att man inte hafsar ihop och skickar iväg någonting utan att vara säker på det man skrivit. Om det är ont om tid så är de många jurister i gruppen och på byrån och de kan ta hjälp av varandra.

6.4.2. Domare

Under detta tema började jag med att fråga domarna hur mycket man är inläst på ett mål innan huvudförhandlingen i tingsrätten respektive hovrätten och hur ombuden argumenterar i detta inledande stadium.

Hjalmar förklarade för mig att det beror på en del olika saker. En avgörande fråga är om domstolen i fråga har en så kallad rotelorganisation eller en beredningsorganisation. En rotelorganisation innebär att när ett mål kommer in till domstolen så lottas det ut och hamnar i en domares portfölj. Denna domare har hand om målet allt ifrån när stämningsansökan kommer in till det att domen skrivs. Har domstolen i stället en beredningsorganisation så finns det ingen domare som har det fasta ansvaret för målet. Sen finns det även mellanvarianter på dessa två modeller. Hjalmar påpekar att om man har en rotelorganisation finns det ett större incitament för domaren att skaffa sig ett fast grepp om målet och man kan målet när man sätter sig till huvudförhandlingen. Har man i stället en beredningsorganisation kan det vara svårare att fatta de inträngande, riktiga besluten och det är mer uttunnat när man sätter sig vid huvudförhandlingen.

Sen förklarade Hjalmar vidare att hur inläst man är på målet också beror på sammansättningsreglerna. Typiskt sett är det tre domare i tingsrätten som avgör tvistemålet: referenten, ordföranden och tredje man. Referenten har det huvudsakliga ansvaret för att tala under överläggningen och skriver domen. Typiskt sett har referenten läst litteraturen som målet behandlar och skrivit ut material, till exempel rättsfall, till de andra ledamöterna. Man har då ett hyggligt grepp om rätten och advokaternas argumentation. Så referenten är väl påläst och det är också ordföranden, men ordföranden har kanske inte tittat lika noga på rättsfrågorna. Tredje mannen ska också kunna målet, men har en mer sidoordnad roll.

¹⁶⁴ A1 på advokatbyrån Alpha, intervju den 4 november 2015.

Så beroende på vilken organisation det är på domstolen och vilken roll man har som domare, är man olika inläst på målet när huvudförhandlingen ska hållas.

Om man sedan ser till hur själva förberedelsen ser ut, så berättar Hjalmar att det skiljer sig mellan tingsrätt och hovrätt.

Hjalmar förklarar att i tingsrätten börjar man med att agera ”brevlåda” och kontrollerar egentligen bara att stämningsansökan och andra skrifter uppfyller kraven som ställs på dem. Sen tar man greppet om målet när det kommer till muntlig förberedelse. Då är man aktiv och som domare är man med och gestaltar hela målet. På den muntliga förberedelsen är tanken att man genom materiell processledning ska reda ut oklarheter och ofullständigheter, man ska verka för att parterna åberopar allt de vill åberopa och så gör man en planering fram till huvudförhandlingen. Precis vad förberedelsen innebär kan vara många saker, men Hjalmar menar att man typiskt sett talar om sakförhållanden och att man pratar igenom bevisningen. Men här påpekar Hjalmar att man har sett en utveckling från tiden för nya rättegångsbalkens införande till idag och fortgående.

*”Nämligen att man i allt större utsträckning diskuterar rättsfrågor och bör diskutera rättsfrågor. Jag tror att när rättegångsbalken en gång antogs, då var den juridiska verkligheten tämligen enkel. Det var lite dansbaneslagsmål, generiska köp, specieköp, en avtalstvist eller två. Idag så är det ju oändligt mycket mer komplicerat, tydligaste exemplet är väl EU-rättens inträdande [...]. Då är det inte så enkelt att domaren kan lagen och att parterna inte behöver argumentera rättsligt och inte behöver prata juridik, utan tvärt om. För att domaren ska kunna leda processen, döma i målet, ta ställning till hur bevisning ska tillåtas och hur saker ska läggas upp, så måste man prata om rättsfrågor.”*¹⁶⁵

Hjalmar tror att det har skett en förändring sedan 1940-talet och att det märks i de inledande skrifterna eftersom man numera argumenterar rättsligt redan i dessa. Man behöver som ombud få domstolen att förstå hur juridiken ser ut. Hjalmar framhåller att advokaterna i den typen av mål som min uppsats behandlar har ägnat hela sitt yrkesliv åt ett visst rättsområde och om denne hamnar i en krånglig tvist så tar han hjälp av en processadvokat med hela sin erfarenhet i bakhuvudet. Ser man i stället till domaren så ängar denne 60 %, och i hovrätten 70 %, av sin tid åt brottmål och kanske 30 % eller 40 % till tvistemål. Utav dessa tvistemål är kanske en tredjedel eller hälften familjemål. Hjalmar uppskattar då att man som domare kanske ägnar 20 % eller maximalt 30 % av tiden till dispositiva tvistemål och alla dessa handlar förstås inte om samma rättsområde. Det, menar Hjalmar, blir en enorm överskattning av domarens kapacitet om man tror att denne ska kunna rätten i varje område. Han anser att i rättegångsbalken ser man det som att domaren är ”kung” i rättegångssalen, trots att det inte är så. Domaren kan processrätten, hantverket att reda ut målet, men domaren måste lära sig juridiken i målet för att kunna förstå tvisten.

¹⁶⁵ Hjalmar Forsberg, intervju den 12 november 2015.

I hovrätten ser förberedelsen annorlunda ut. Då har parterna redan genomfört en förberedelse i tingsrätten och det finns en tingsrättsdom att stå på. I hovrätten har domaren på samma sätt som i tingsrätten en skyldighet att bedriva materiell processledning och försöka få parterna att förlikas, men i hovrätten har man mer sällan muntlig förberedelse.

Henrik håller med och berättar att den rättsliga argumentationen från parternas sida börjar genast, i de inledande skrifterna till domstolen. Men han berättar också att ombuden i civilmål kan vara ”lite för fina” för att alltid hänvisa till de källor som finns och juridiskt klassificera den rättsliga konstruktionen målet rör. Men Henrik berättar att han även i civilmål ganska uttryckligen då frågar ombuden om detta, för att klara ut vad frågan rör.

Christer menar däremot att den inledande argumentationen mest är i sak i tingsrätten. Han berättar att rättslig argumentation aktualiseras i detta skede om den ena parten begär kvarstad eller om en annan processuell fråga kommer upp. Sedan kommer meningsskiljaktigheter upp i rättsliga frågor under förberedelsen, till exempel om vilken köplag som ska tillämpas. Den rättsliga argumentationen kommer sedan i bästa fall i anslutning till huvudförhandlingen och det är då i pläderingen det sker. Christer berättar vidare om en advokat som han vet som hade det som princip att aldrig hänvisa till lagrum, utan kallt hänvisade till *jura novit curia* – frågan om lagrum var domstolens ansvar. Det, påpekar Christer, kan vara en fördel om domaren har bättre kunskap än ombudet, men det kan ju också slå åt andra hållet.

Vidare, som svar på min fråga om ombuden kan ha ett kunskapsövertag i förhållande till domaren, så berättar Christer att han inte är så säker på det om vi talar om rättsliga frågor. Han påpekar i stället att advokater kan ha en mycket omfattande kunskap om *faktiska omständigheter* på de områden som de arbetar med.

Min nästa fråga på temat blev om man upplever tidspress när man skriver en dom och om det finns tillräcklig tid att klara på oklara rättsfrågor.

Hjalmar förklarar att man alltid arbetar med viss tidsbrist men att det beror på hur det ser ut i en viss tidsperiod. Man har ett visst antal mål som man ska klara av och om det då händer något i ett av målen som gör att man får förlänga huvudförhandlingen en dag eller om ett mål rymmer flera svåra frågor, så hamnar man i otakt. Han påpekar också att det på motsvande sätt kan vara så att en förhandling ställs in och då får man mer tid. Hjalmar lyfter fram att man har ett omätligt behov av tid när man arbetar med juridik. Man kan alltid läsa några rättsfall till eller skriva om texten. Han tror dock inte att man skriver på en dom som inte är tillräckligt genomarbetad. Man skriver på den och lämnar den ifrån sig när man känner att man kan stå för resultatet.

Henrik svarar på frågan genom att berätta att man har tid om man lägger ner rätt kvalitet på produkten. Med det menar han inte att man ska vara slarvig, utan att ”*om man använder den tid som behövs och inte mer i de enkla målen, så har man tid att lägga ner den tid som behövs i de svåra. Man ska lägga ner precis så mycket tid som behövs i varje mål och då tycker jag att det fungerar. Sen kan man naturligtvis från tid till annan ha tidsnöd ändå av olika skäl, om man*

har väldigt mycket och så. [...] Men som sagt om man lägger ner den tid som behövs och inte mer, då tycker jag inte att det är tidsbrist.”¹⁶⁶

Christer ser det inte heller som ett problem att det skulle föreligga tidsbrist och att domaren därför inte skulle ha tid att klura på oklara frågor. Han lyfter, likt Hjalmar, att det finns en referent som bland annat har ansvar för rättsutredningen och att det även finns notarier som gör rättsutredningar. Han påminner också om att många tvistemål som kommer upp till domstolen inte är svåra. Om det skulle komma upp en ny rättslig företeelse, så tar man det tid som krävs och det ligger i domarens professionella ansvar att finna gällande rätt eller hitta analoga vägar.

6.5. Tema 3: Jura novit curia

Min första fråga rörande temat om jura novit curia var hur ofta respondenterna upplever att principen används i den typ av mål som min uppsats behandlar – dispositiva tvistemål med stora advokatbyråer på båda sidor.

Ombuden på byrån Alpha berättade att det är sällan som domstolen går på någon annan linje än någon av de som parterna har argumenterat för.

”Utgångspunkten när vi skriver inlagor är att vi ska leverera en färdig lösning till rätten för att rätten inte ska behöva fundera utan köpa det vi kommer med. Så oftast har vi en juridisk lösning på problemet som vi sen lämnar över till rätten och förhoppningsvis säger de att vi har rätt. Och oftast så gör de det, eller så går de på motpartens linje.”¹⁶⁷

Även Hjalmar är av den uppfattningen: *”Att vi skulle hitta på en helt annan juridisk argumentation än parterna är ytterst sällsynt.”¹⁶⁸* Han fortsätter med att förklara att han går efter principen att domen inte ska vara överraskande för parterna. Parterna, menar han, ska känna igen de argument de fört i domen och se att de är bemötta. På frågan om det skiljer sig mellan tingsrätten och hovrätten svarar Hjalmar att hovrätten är lite mer juridisk och självständig men att det även i hovrätten är extremt sällsynt att principen används i den typen av mål uppsatsen behandlar. *”Det är advokaten som sitter vid det materiellrättsliga rodret, åtminstone de facto.”¹⁶⁹*

Även Henrik berättar att det är mycket sällsynt att domstolen plockar fram en rättsregel under huvudförhandlingen som parterna inte har argumenterat för eller tagit upp. Henrik berättar att målet succesivt växer fram i tingsrätten och på till exempel Göteborgs tingsrätt sammanfattas den muntliga förberedelsen i ett dokument som ser ut som en dom fram till domskälen. Sen frågar domaren om parterna håller med om hur domstolen uppfattat läget.

¹⁶⁶ Henrik Winman, intervju den 19 november 2015.

¹⁶⁷ Ombuden på byrån Alpha, intervju den 4 november 2015.

¹⁶⁸ Hjalmar Forsberg, intervju den 12 november 2015.

¹⁶⁹ Hjalmar Forsberg, intervju den 12 november 2015.

Christer håller med om att principen sällan används för att ta upp en lag som ombuden inte har argumenterat för, av den anledningen att det är sällsynt att det finns två lagar som skulle gå att tillämpa i samma sak. Men, tillägger han, om man utvidgar *jura* till att betyda rätten snarare än lagen, så kan man som domare hitta sådant som ombuden inte observerat och märker man det får man lyfta det och berätta om det för parterna innan man skriver domen. Han menar dock att det kan finnas en viss skillnad beroende på vad det rör sig om för rättskälla. Han menar att om det är lagstiftning som ombuden inte tar upp, så kan man lyfta det utan att det framstår som att man hjälper en av parterna. Men är det rättsfall eller litteratur som domaren lyfter fram finns det kanske en risk för att man verkar hjälpa en av parterna om man lyfter det under rättegången. Christer menar att man som domare nog inte lyfter doktrin och rättsfall som parterna inte har tagit upp, men att ombuden förmodligen har hittat dessa källor om det gynnar dem. Sen finns även möjligheten att ändra sin rättsliga argumentering i nästa instans om de inte har uppmärksammat dessa källor och ser dem först i domen.

Christer berättar i samband med detta också att om ombuden hänvisar till rättsfall och litteratur, så blir man som domare manad att leta vidare för att se vad de *inte* har tagit upp. Ombuden tar naturligtvis upp det som gynnar deras klient, men domaren har ett ansvar att forska vidare och finna alla de relevanta rättsfall och den litteratur som talar åt båda håll. Christer lyfter fram att man som domare inte nöjer sig med att ta del av ett ombuds välförpackade argumentation och sedan köper det rätt av. Man kan ta till sig väl framförda argument, men det är en annan sak. Det ligger i domarens ansvar att efterforska rätten.

Min nästa fråga till respondenterna var vad de uppfattar att *jura* innebär i principen, alltså vad rätten innebär som domaren ska känna till. Det ville jag ta reda på eftersom jag ville se dels vad domarna själva har för uppfattning om vad det är de ska känna till och dels för att se vad ombuden väntar sig (eller inte väntar sig) att domarna ska kunna.

Ombuden på advokatbyrån Alpha svarade att det domaren ska känna till är rättsläget eller gällande rätt, vilket innebär alla rättskällor. De påpekar att det då blir orimligt att domaren förväntas kunna gällande rätt på alla områden. A2 berättar att inte ens de specialister de har på byrån som sysslar med en viss specifik del av ett rättsområde förväntas kunna allt rakt av. Då måste vara svårt för en domare som mest arbetar med brottmål. Det blir då viktigt för ombuden att ha kunskap om ämnet.

Hjalmar svarar på frågan att *jura* innebär författningstext, prejudikat och rättsgrundsatser och att det sedan finns rättstillämpningsfakta som parterna inte behöver åberopa, men som domstolen ska känna till. Rättstillämpningsfakta är till exempel lagtextförarbeten.

Henrik berättar att domarna ”ska veta vad som är rätt i varje given situation”.¹⁷⁰

Christer svarar lite annorlunda genom att resonera kring om det kanske inte handlar om att kunna rätten (vilket är väldigt omfattande), utan om att kunna *hitta* rätten. Så kanske handlar

¹⁷⁰ Henrik Winman, intervju den 19 november 2015.

principen om kunskapen och förmågan att kunna hitta rätten snarare än att kunna rabbla lagrum. Dagens informationsflöde gör att principen om att domstolen kan rätten får en helt ny innebörd. Christer resonerar kring att förr fanns det bara tryckta häften som man kunde läsa för att hålla reda på vad HD gjorde, men nu lägger de ut målen på deras hemsida redan när de kommer in. Hur ska man förhålla sig till det, ska man uppdatera sig varje morgon?

Jag frågade sedan ombuden om man litar på principen och undviker att redogöra för rätten och jag frågade domarna om hur de ser på att advokaterna redogör för rätten.

Ombuden svarade att de inte tror att något ombud skulle nöja sig med att lägga fram saken och sedan bara uppmana domstolen att göra vad de vill med det. De påpekar vidare att man från första början när man får ett ärende måste börja fundera kring vilka regler som är tillämpliga och hur man ska argumentera för att de är uppfyllda eller inte. Ofta bygger man sin argumentation på rättsreglerna och då blir det underligt om man inte hänvisar till dessa.

De uttrycker vidare att *”utgångspunkten är att man vill ge domarna en färdig lösning och i pläderingen så vill man att de ska kunna ta det rakt av in i sina domskäl. Har man lyckats riktigt bra så tar de pläderingen rakt av [i en viss omskrivning]”*¹⁷¹.

Hjalmar svarade att det är det önskvärda att ombuden redogör för rätten, helst redan i stämningsansökan. Han menar dock att det ska göras med sunt förnuft, man behöver inte skriva en halv sida om vad pacta sunt servanda innebär, det vet domstolen, men så fort det blir rimligt komplicerat ska man föra fram rätten. Han menar vidare att om man som ombud inte förklarar rätten, så har man kanske inte tänkt igenom de juridiska argumenten. Att redogöra för rätten blir den första kontrollen för advokaten för att se om argumentationen håller. Andra orsaker att inte argumentera rättsligt som skulle gå ut på att man då förnärmar domarna eller som innebär en del av en processtaktik tycker han är mindre lyckade. Man vill hjälpa domstolen att få ett grepp om rätten så tidigt som möjligt. Även Henrik säger något liknande då han förklarar att det ligger på parterna att övertyga domaren om att det är på ett visst sätt. Han fortsätter med att berätta att oavsett hur duktiga de är på sitt ämne så vill de få domaren att bli lika duktig och köpa deras argument.

Christer menar att om det uppstår en ny juridisk företeelse och det är oklart hur man ska göra, så lyssnar man som domare på de båda ombuden. Man kan då tycka att de har riktigt bra poänger båda två, om det är två bra ombud. Men man får inte tro att domaren nöjer sig med det och köper det, utan domaren har ett ansvar att forska vidare.

Min sista fråga på detta tema var om de ansåg att jura novit curia fyller någon funktion i den typ av mål som uppsatsen behandlar.

¹⁷¹ Ombuden på byrån Alpha, intervju den 4 november 2015.

*”I de målen vi har är det aldrig en princip man lutar sig mot.”*¹⁷², svarade ombuden på advokatbyrån Alpha. De ansåg dock att principen kan fylla en viktig funktion i mål där det inte finns ombud eller ombud som inte är så pålästa själva.

Hjalmar påpekar att syftet med den materiella processledningen inte längre är att domaren är ”kung” i rättssalen och tar parterna i handen för att leda dem genom det svårorienterade juridiska landskapet. Principen bakom materiell processledning är numera att domaren ska förstå. Därför frågar domaren och reder ut. Hjalmar anser att det är mer sällsynt att den materiella processledningen skulle gå ut på att domarna ser att den juridiska konstruktionen i ett mål är något annat än det som parterna argumenterar.

*”I de här målen din uppsats behandlar är det extremt sällsynt, näst intill uteslutet. Vi, som domare, tar inte risken att styra till exempel Mannheimer Swartlings advokater när det är svårt. De har ju jobbat med detta i flera år, då känns det verklighetsfrämmande att leda in det på någon annan juridisk argumentation.”*¹⁷³

6.6. Tema 4: Rättsskapande roller

På temat om domstolen och advokaten som rättsskapare, började jag med att fråga respondenterna om de anser att domare skapar rätt genom praxis. Anledningen till att jag ställer just denna fråga är att min tes bygger på att advokaterna skapar rätt genom domarens rättsskapande via praxis. Så om de inte ansåg att domaren kunde vara rättsskapande, så följer det att advokaten inte heller kan vara det.

A1 på advokatbyrån Alpha menar att domstolen *fyller ut* snarare än att skapa rätten. Hon tror inte att vi är i ett läge där praxis skulle åsidosätta lagstiftning, men om det däremot inte är tydligt vad som gäller så tror hon att praxis är viktigt för att fylla ut. A3 menar att praxis är en viktig säkerhetsventil och att om man skulle vara missnöjd med hur praxis ser ut, så kan man lagstifta och ändra på det. A2 påpekar att HD har tagit rätt mycket makt och kan komma fram till sådant som faktiskt inte står i lagen. Ombuden är överens om att praxis kan vara bra på att följa med i rättens dynamiska utveckling.

Hjalmar tror att alla domstolar kan ha en rättsskapande roll, men att tingsrätter och hovrätter är väldigt försiktiga med det och enbart är rättsskapande i situationer när det är absolut nödvändigt. Det är när man inte hittar en befintlig lösning som man kan kosta på sig att skapa, menar han. Vidare berättar han att om man hittar en helhygglig lösning, med stöd i gällande rätt, så går man på den hellre än om man har en helbra lösning som skulle vara rättsskapande. Om parterna argumenterar för en helbra lösning får HD ta ställning till det.

Henrik svarar att HD absolut är rättsskapande och berättar om fyra fall som han tycker visar tydligt på att domstolen verkar rättsskapande. För det första tycker han att NJA 2013 s. 376 om

¹⁷² Ombuden på byrån Alpha, intervju den 4 november 2015.

¹⁷³ Hjalmar Forsberg, intervju den 12 november 2015.

påföljd för mord är ett typexempel. För det andra berättar han om NJA 2015 s. 36 där HD ger en enskild part rätt till ersättning för rättegångskostnader enligt lagen om domstolsärenden, trots att motparten var staten då målet gällde utmätning för skatteskulder. Det är, som Henrik påpekar, till och med i strid med lagstiftningen och HD redogör helt enkelt i målet för att rättsläget behöver ändras med hänsyn till EKMR. För det tredje redogör Henrik för NJA 2015 s. 72 där man slog fast att den så kallade indragningsregeln i utsökningsbalken, som innebär att man slår samman det exekutiva förfarandet med försäljningen enligt samägandelagen och som bara gäller fast egendom, är analogt tillämplig på bostadsrätt som är lös egendom. Detta i strid med tidigare praxis från HD. För det fjärde berättar Henrik om NJA 2013 s. 1190 som handlar om en hyresgäst som avhyses och frågan är hur man ska räkna av betalning som hyresgästen gör till borgenären. Frågan är på vilken hyra betalningen ska räknas av. Henrik tror att HD i målet skapade rätt genom att vara väldigt liberal mot hyresgästen.

Henrik påpekar vidare att han tror att tingsrätter och hovrätter är försiktigare med att skapa rätt men att det trots allt händer. Han berättar att när det gällde frågan om indragningsregeln och bostadsrätter, så fanns det ett tidigare, tio år gammalt HD-fall som innebar att bostadsrätter inte omfattades. Det var gällande rätt. Men när Henrik arbetade på Göteborgs tingsrätt, innan 2015 års HD-fall, fick han ett mål där frågan var om en bostadsrätt omfattades av indragningsregeln. Det fanns då ett avgörande från Svea hovrätt som tog avstamp i litteratur på området och gick emot det gamla HD-avgörandet. Med grund i det hovrättsfallet gjorde Henrik samma sak i tingsrätten. Men Henrik tillägger att det är sällan som tingsrätter och hovrätter agerar rättsskapande, då får det vara under speciella omständigheter.

Även Christer menar att domstolen kan ha en rättsskapande roll och pekar på att det kan finnas ett spänningsförhållande mellan HD och lagstiftaren. HD försvarar sig med att säga att när lagstiftaren är passiv så får HD agera när något måste göras. Christer påpekar också att det faktiskt ofta står i förarbetena att regelns närmare innebörd får träda fram i praxis, vilket är en uppmaning till domstolarna att tolka rätten.

När vi sedan talar om underinstanser så säger Christer att om det kommer upp en oklar eller oreglerad ny juridisk fråga, så måste den ju börja i tingsrätten och ta sig via hovrätten till HD. Det innebär att tingsrätten och hovrätten kommer agera rättsskapande eftersom de inte kan avstå från att döma. Sitter man som domare i tingsrätten och ser hur en dom man meddelat i en oklar fråga fastställs i både hovrätten och HD, så har ju tingsrätten faktiskt skapat rätten. Att se att den fastställs är mycket glädjande (*"då öppnar man Champagnen"*). Det är här som Christer tror att advokaterna har en viktig rättsskapande roll, genom att driva målet upp till HD så att ett nytt prejudikat kan skapas.

Min nästa fråga på temat var om respondenterna upplever att domstolen kan ta intryck av ombudens argumentation och använda den i domen.

Ombuden på advokatbyrå Alpha svarade att det absolut händer och att det är glädjande när det sker, ju mer ordagrant desto bättre (*"då öppnar man Champagnen"*). Det är från pläderingen

som domstolen i så fall hämtar argument som advokaterna för, det är där man sammanfattar och vässar sin argumentation som mest.

Hjalmar svarar att det är olika i olika mål, men att han förespråkar som en idealbild att domen ska vara som en spegel för advokaterna. De ska känna igen sig när de läser domen. Han berättar vidare att i en bra plädering så kan man som domare anteckna ett visst antal punkter som advokaten argumenterar för och de punkterna ska advokaten sen känna igen och få bemötta i domen. Man lyssnar alltså noga på pläderingen. Men det blir inte så att man ordagrant klistrar in advokaternas argument i domen, utan man måste göra texten till sin egen och skriva om den. Där finns det förstås en risk att man gör spegelbilden lite grumlig eftersom varje omskrivning blir en tolkning.

Henrik svarar att man bemöter det som ombuden tar upp, annars blir det ohederligt. Vidare anger han att många domare gärna klipper och klistrar när de skriver domar. Han berättar att man gärna ber om Word-filer i stället för PDF, så att man kan klippa och klistra eller rita och skriva. Han säger att man kanske redigerar lite, men om parternas talan är väl utformad, så kan man köpa den.

*”Varför ska jag sitta och skriva det som de skrivit? Varför ska man skriva det två gånger? Om jag kan använda deras material kan de kanske få en dom snabbare.”*¹⁷⁴

Christer berättar att man kan klippa och klistra en dom fram till domskälen, men inte längre. Visst lyssnar man på ombuden, men man anger inte ordagrant vad de säger i pläderingen, det är främmande. Är man domare brukar man dessutom tycka om att skriva.

Intervjuns allra sista fråga blev då om respondenterna kunde se att det ligger något i min tes och om de kan hålla med om att advokaten kan ha en rättsskapande roll i domstolen genom att denne förser domaren med argumenten som blir den domstolsskapade rätten.

Juristerna på Alpha tycker att det hänger ihop. Särskilt om det exempelvis rör en svår fråga om entreprenad och domaren aldrig har haft ett entreprenadmål. Är det en extremt svår fråga och man inte har lösningen lättillgänglig eller då man inte har det helt klart för sig vilka rättskällor man kan förlita sig på avseende frågorna målet rör, så blir det svårt för domaren. De menar att ombuden då kommer med argument som kanske grundar sig i lagstiftning eller är teser som kommer ur de principer som finns på området och säger att ”så här tycker vi att det borde vara”. *”Om domarna tycker att det låter vettigt så kan vår lösning bli en del av den nya rättskulturen på området. Särskilt om ombuden besitter specialistkunskap.”*¹⁷⁵ De tror att domaren gör en avvägning av vad de båda parterna säger och funderar över vad som verkar rimligt. Särskilt om parterna är överens om något, då tror A2 inte att domstolen fördjupar sig i det för att undersöka vad rätten är på den punkten. De påpekar också att de uppfattar att HD har en större benägenhet att undersöka rätten själva än vad underinstanserna har och att hovrätten ligger någonstans i

¹⁷⁴ Henrik Winman, intervju den 19 november 2015.

¹⁷⁵ Ombuden på byrån Alpha, intervju den 4 november 2015.

mitten, men närmare tingsrätten i fråga om ”självständigt tänkande”. Men det är ändå ombuden som sätter ramen för målet, avslutar de med att föra fram.

Även Hjalmar tycker att det ligger något i tesen med tanke på att det är advokaterna som rent faktiskt förser domaren med de juridiska argumenten och det juridiska underlaget. Sen är det klart att domstolen aldrig skulle släppa igenom något som inte är riktigt, men Hjalmar tror inte att man är fel ute om man tänker sig att advokaten påverkar domarens juridiska blick på målet. I och med att advokaten påverkar domarens juridiska blick så bidrar advokaten till att vara rättsskapande. ”*Man kan ju säga att motsatsen på något sätt skulle vara att advokaten helt avstår från att säga något om juridik, för han har ändå ingen påverkan, det är ändå jura novit curia från början till slut. Men det [juridiken] är ju alldeles för svårt för det.*”¹⁷⁶

Hjalmar avslutar med att resonera kring de lege ferenda: ”*Kanske skulle principen ersättas med en åberopsbörda för parterna. Kanske inte på så sätt att domstolen är bunden utav åberopandet av rättsregler, men advokaten skulle ändå vara skyldig att ange rättsregel. Om domstolen ändå vill tillämpa en annan regel, måste domstolen ta upp det. Egentligen en kodifiering av hur det redan fungerar, men det skulle ändå öka kravet på advokaten och skulle underlätta för domstolen.*”¹⁷⁷

Henrik trycker på att vad det än rör sig om för mål, så vill båda parterna att domaren ska köpa och använda deras argument.

Christer resonerar kring att parterna skulle kunna sätta ramen för målet genom sina yrkanden och erkännanden. Parterna skulle på detta sätt kunna skapa en fantasivärld som domstolen ska agera i. På så sätt begränsar parterna vad domstolen kan låta domen omfatta enligt dispositionsprincipen.

Vad gäller den rättsliga argumentationen konstaterar Christer åter att man lyssnar på ombuden, men att man inte bara köper vad de säger rätt av, utan man känner sitt ansvar som domare. I det ansvaret ligger det att efterforska rätten på området, även sådant som parterna inte tar upp. Man kan inte nöja sig med det som ombuden säger, eftersom de är partiska. Denna inställning om ansvar som domaren känner tror Christer kommer av att det i många tvister inte finns några ombud. Då måste domaren vara garanten för att gällande rätt kommer upp. Christer håller därför inte med mig i uppsatsens tes. Men ombudens vilja och ork att driva målen genom instanserna är det som ger oss prejudikaten. Man måste numera också argumentera i prövningstillståndsfrågan även i det första ledet mellan tingsrätt och hovrätt. Det kan öka ombudens rättsskapande roll i denna mening eftersom de måste argumentera kring varför målet har prejudikatsvärde.

¹⁷⁶ Hjalmar Forsberg, intervju den 12 november 2015.

¹⁷⁷ Hjalmar Forsberg, intervju den 12 november 2015.

6.7. Sammanfattning

Så från ombuden kan jag ur det första temat om ett ärendes hantering slutleda att de upplever att det finns en specialistkunskap på byrån och att den grupp som är bäst ägnad att arbeta med ärendet utifrån sina kunskaper får det. Vidare beror ärendets begränsningar mycket på när det kommer in till byrån, men ombuden ser till att skaffa sig den tid de behöver för att utreda frågan och kan ta hjälp av varandra.

Av Hjalmar's svar i frågan om hanteringen av ett mål kan jag slutleda att hur inläst man är på målet som domare vid huvudförhandlingen beror på hur organisationen ser ut på domstolen och i vilken roll man sitter som domare. Vidare att man kan vara väl inläst på målet i tingsrätten då man diskuterar rättsfrågor med parterna och försöker förstå rätten, särskilt om det finns en rotelorganisation. Kanske är man inte lika inläst på målet i hovrätten eftersom man inte följt med från början och hjälpt till med att utveckla målet, men man har trots allt en färdig tingsrättsdom som på ett ordnat och koncist sätt tar upp den rätt som målet handlar om. Jag förstår också att Hjalmar upplever att advokaterna i denna typ av mål är de som har kunskapen i ämnet och inte domarna, det är advokaternas ansvar för att förklara rätten för domarna. Här skiljer sig Christers svar åt eftersom han är av uppfattningen att domarna besitter kunskapen om rättsliga frågor och att ombudens kunskap omfattar faktiska omständigheter. Domarna är alla av uppfattningen att tidspress inte är ett problem när man ska skriva en dom i ett mål med en oklar eller klurig rättsfråga.

Av svaren på detta tema får jag en huvudsaklig uppfattning av att ombuden besitter en specialistkunskap som det kan vara svårt för domarna att matcha. Den andra uppfattningen, att den rättsliga kunskapen inte är större hos ombuden än domarna, är en minoritet i mitt empiriska material. Vidare kan jag konstatera att tidsbrist för domarna inte utgör en faktor som gör att ombuden får en starkare rättsskapande roll, då de har mer tid att arbeta med frågorna. Det verkar snarare vara så att domaren tillsammans med ombuden skaffar sig en uppfattning om hur rätten i frågan ser ut och sen tar den tid som behövs för att skriva domen efter huvudförhandlingen.

Domarna har lite olika erfarenheter av när den rättsliga argumentationen dyker upp, men två av dem menar att det sker genast, redan i de inledande skrifterna. En av dem säger att man kanske måste fråga efter det i civilmål under förberedelsen och den tredje att den rättsliga argumentationen kommer från parterna först i samband med huvudförhandlingen. Att den rättsliga argumentationen kommer upp tidigt talar för att det är ombuden som sätter den juridiska diskursen och ger domstolen en uppfattning av hur rätten ser ut i frågan. Sedan utgår domstolen från det när den letar vidare efter andra källor. Även om den rättsliga argumentationen skulle komma upp först i pläderingen, så är jag av åsikten att det är ombuden som har satt den juridiska ramen eftersom domstolen trots allt lyssnar på detta innan domen ska skrivas.

Ombuden och domarna verkar också vara ganska överens om att *jura novit curia* är en princip som är sällsynt i dispositiva tvistemål med stora advokatbyråer som företräder parterna på båda sidor. Man varken lutar sig tillbaka mot eller lutar till principen i dessa mål, utan domstolen

väljer med största sannolikhet i stället att gå på en av de juridiska argumentationslinjerna som parternas ombud presenterar. Att man förhåller sig på detta sätt till principen kan bero på att juridiken är komplicerad och att domarna inte, som ombuden, arbetar med ett enda juridiskt ämne i större delen av sitt yrkesliv. Ombuden får på så sätt ett kunskapsövertag i förhållande till domarna gällande den materiella rätten. Christer håller dock inte med och menar att domaren har ett ansvar att efterforska rätten på området. Man kan som domare inte köpa ombudens argument rakt av, utan man måste se till att man har utrett rättsläget på ett tillfredsställande sätt.

När jag frågade vad *jura* innebär, vad det är som domaren då förväntas kunna enligt principen, fick jag för det mesta svar som gick ut på att domaren ska kunna rättsläget eller gällande rätt. Ett intressant svar fick jag från Christer som menade att principen i stället innebär att domaren ska kunna finna rätten.

De olika svaren ger en spännande dynamik som verkar tala för att det finns olika uppfattning om vad principen innebär och hur ofta den används i dispositiva tvistemål med stora advokatbyråer på båda sidor. Även om majoriteten av mina respondenter uppfattar att principen i dessa fall inte används och att den skulle innebära att domaren kan gällande rätt, så visar respondenternas svar kanske att hur principen används beror en del på vilken domare som sitter i målet. Men om man följer majoritetens uppfattning så kan man dra slutsatsen att eftersom de inte använder sig av eller litar till *jura novit curia*, så är det inte något som håller ombuden borta från att argumentera rättsligt och rättsskapande när det finns utrymme.

Under temat om advokatens rättsskapande roll kan man konstatera att ombuden och domarna i stort sett alla är av uppfattningen att domstolen kan ha en rättsskapande roll och att domstolen tar intryck av och använder sig av de argument som advokaterna för i sin plädering. De berättar också att till och med underrätter, och inte bara HD, kan ha en rättsskapande roll, om än mindre omfattande än HD:s. De kan också i de flesta fall se att det ligger något i uppsatsens tes eftersom det är ombuden och inte domaren som har kunskapsövertaget och sätter de juridiska ramarna för processen. Men de poängterar att domaren inte kan släppa igenom vad som helst. Jag står dock inte oemotsagd och en respondent håller inte med mig i min tes, utan menar att det är domaren som har ansvaret för att kunna finna rätten på området och att man inte bara kan köpa ombudens argumentation rätt av.

En intressant sak jag finner i materialet efter intervjuerna är att frasen ”*Då öppnar man Champagnen*” förekommer två gånger, helt oberoende varandra i olika intervjuer, med en domare och ett ombud, men i ett liknande sammanhang. I det ena fallet handlar det om när man som ombud kan se att domaren har skrivit av pläderingen i domen. I det andra fallet handlar det om när man som tingsrättsdomare kan se att hovrätten och HD fastställer tingsrättsdomen i ett mål som rör en oklar fråga. Gemensamt för dessa tillfällen – förutom att de är värda att fira med Champagne – är att en högre, dömande instans har bekräftat den juridiska argumentation och lösning som man i ena fallet som ombud och i andra fallet som underinstansdomare har presenterat. Visst behöver det inte alltid vara så att i de fall där tingsrättsdomen fastställs i högre instanser, så stämmer domens formulering överens med ombudens plädering. Men bara den omständigheten att dessa två yrkesroller, oberoende varandra, uttrycker samma glädje över att

se sin text bekräftad visar på att det kan finnas en kedja. En kedja där advokatens argumentation utgör första länken, tingsrättsdomarens dom som ser ut som advokatens argumentation den andra, tingsrättens fastställda dom i hovrätten den tredje och tingsrättens fastställda dom i HD den fjärde.

Jag vill också belysa att domarna var noga med att påpeka att det som ombuden pläderar för ska bemötas, men det uppfattar jag förstås inte som att de obehindrat släpper igenom allt som ombuden säger. I bemötandet så kan domaren både hålla med (och släppa igenom den rätt som advokaten kanske skapat) och inte hålla med. Det innebär att domstolen fungerar som ett filter. Det går inte att släppa igenom allt som båda advokaterna säger, de argumenterar ju till att börja med emot varandra, utan domstolen har snarare makten att bestämma vad som ska släppas igenom ut i domen.

Sammanfattningsvis tycker jag att intervjuerna ger ett visst stöd för uppsatsens tes. Jag är också lite överraskad av att de båda yrkesrollerna svarade på ett så relativt samstämmigt sätt som de trots allt gjorde. Det faktum att de till stor del svarade på liknande sätt ger ett större stöd för min tes eftersom stödet sträcker sig över yrkesrollerna.

Eftersom jag enbart har utfört fyra intervjuer som har involverat sex respondenter så vill jag dock poängtera att materialet jag har samlat ihop enbart *till viss del talar för* att min tes kan ha en poäng. Den är dessutom inte oemotsagd. Jag har inte genomfört en tillräckligt omfattande intervjuserie för att jag med säkerhet ska kunna säga att praktiserande jurister generellt håller med om uppsatsens tes.

7. SLUTSATSER – VAD VISAR MARODÖRKARTAN?

7.1. Sammanfattning

Syftet med uppsatsen är att undersöka om advokaten kan ha en rättsskapande roll. Den rättsskapande rollen visar sig när advokaten besitter specialistkunskap i ett juridiskt ämne som kommer upp till domstol och rör en fråga som inte är tydligt reglerad i lagtext och förarbeten, eller där det finns ett starkt behov av förändring men där lagstiftaren förhåller sig passiv. Det rör sig då om dispositiva tvistemål med parter som företräds av stora byråer på båda sidor, som har lika mycket specialistkunskap och resurser. Eftersom advokaten besitter en större kunskap om den materiella rätten än domaren, som inte arbetar lika specialiserat som advokaten, så är det advokaten som förser domaren med de juridiska argumenten och underlagen. Domarna, som kommer att skapa rätt genom sin dom, plockar därför upp delar av advokaternas juridiska argumentation när de skriver domen. Advokaten skapar på så vis rätt.

Denna kreativa, rättsskapande roll som advokaten nu ikläder sig hör inte till det traditionella sättet att se på den svenska advokaten, utan kommer av en influens från andra sidan Atlanten.

Den svenska advokatbyrå har amerikaniserats genom att den amerikanska byråmodellen som en *legal transplant* fått fäste i Europa. Advokatbyråmodellen påverkar advokaterna eftersom de utgör byrån. Man kan se till vilka effekter denna amerikanisering får och vad denna *legal transplant* stöter på för hinder som inte finns i dess ursprungliga system. Är hindren eller skillnaderna mellan systemen för stora, kommer den amerikanska advokatbyråmodellen inte ge den svenska advokaten de egenskaper som den amerikanska besitter med samma självklarhet.

Om man först ser till likheter mellan de båda systemen, så har både USA och Sverige en ackusatorisk domstolsprocess. Det gör att Sverige skiljer sig från Kontinentaleuropa, där den inkvisitoriska processen är gällande. Den amerikanska advokatbyrå finner därför en bekant processuell ordning i det svenska systemet.

Ska man sedan uppmärksamma en skillnad så kan man se till själva beståndsdelen av advokatbyrå: advokaterna och de andra jurister som arbetar där. I USA skolas de på ett annat sätt än i Sverige till att läsa rättsfall och agerar rättsskapande och kreativt, eftersom det inte finns en dispositiv lagstiftning att falla tillbaka på när de till exempel skriver avtal, så som det gör i Sverige. Det är en skillnad som vid första anblick gör det svårare för den svenska advokaten att likna den amerikanska. Men i och med att de stora, svenska byråerna etablerar sig utomlands och vill vara med och tävla på den internationella marknaden, lär de svenska advokaterna sig mer och mer att vara som de ledande, amerikanska kollegorna för att vara konkurrenskraftiga. Så den skillnad som finns är inte obefintlig, men jag vill påstå att den krymper i takt med att de stora svenska byråerna ger sig ut på den internationella marknaden och påverkas av den amerikanska byråmodellen. Skillnaden i utbildningen av juristerna på juristutbildningen överbyggs av de internationella krav advokaterna möter och det gör att de svenska advokaterna börjar få en utbildning som liknar den amerikanska, men inte på

juristprogrammet, utan som nya jurister på en byrå. Det leder också till att den svenska advokaten tar sin rättsskapande roll i tystnad, obemärkt. Kanske är det inte heller enbart advokaterna på de stora byråerna som påverkas, utan även advokaterna på de mellanstora och små byråerna eftersom de små tar efter de stora.

Det finns fler skillnader mellan de två rättssystemen i fråga om hur man ser på praxis som rättskälla och domaren som rättsskapare. I och med att praxis är den främsta rättskällan i USA men traditionellt kommer på en tredjeplats i Sverige, så får det större effekter när domare eller advokater skapar rätt i USA. Men det finns en nyvunnen acceptans för att domare kan skapa rätt i Sverige som gör att systemen liknar varandra. Praxis utgör även rätt i de båda systemen, skillnaden ligger i vilken tyngd källan har. I de fall då det inte finns någon lagstiftning eller klara förarbetsuttalanden i Sverige, så blir faktiskt den rättspraxis som finns, i brist på andra källor, den främsta. Så denna skillnad handlar mer om omfattningen av praxis som rättskälla. Den amerikanska advokatbyråmodellen känner därför igen sig i fråga om den roll som praxis och domare har i detta avseende. Skillnaden ligger i hur mycket domarens, och som en följd, advokatens rättsskapande roll syns.

Den mest akuta skillnaden verkar ligga i principen *jura novit curia* som skulle kunna bjuda in advokaten till att avstå från att argumentera rättsligt och låta domstolen vara aktören med det ansvaret i Sverige. I den amerikanska rättsordningen finns inte principen alls. Men det verkar inte som att principen är så stark i svenska dispositiva tvistemål med stora byråer på båda sidorna. Advokaterna börjar redan inledningsvis i processen att argumentera rättsligt och måste förhålla sig till rättsfrågor för att över huvud taget veta vad det är de ska ta upp och vad deras klient har för utsikt att vinna målet. Dessa advokater besitter dessutom en stor specialistkunskap i det juridiska område som tvisten rör, eftersom de har arbetat med ämnet i sin grupp på byrån i större delen av sitt yrkesliv. Detta tillsammans med den ackusatoriska processen, som innebär att det är parterna som ska vara aktiva och domaren ska vara mer tillbakadragen, bjuder in till att ifrågasätta om principen verkligen är gällande i denna typ av mål. Läger man dessutom till dispositionsprincipen, så blir det ännu tydligare att advokaten får incitament till att vara aktiv och sätta processens ramar på egen hand. Det blir då advokaten som tar den aktiva, kreativa, rättsskapande rollen i ett mål där frågan inte finns tydligt reglerad. Återigen känner den amerikanska advokatbyråmodellen igen sig i en ackusatorisk process med en frånvaro av principen *jura novit curia* som gör det nödvändigt för advokaterna att lyfta den rättsliga argumentationen, eftersom domstolen inte kommer att göra det själv. Att principen om *jura novit curia* sällan används i denna typ av mål och att advokaterna för rättslig argumentation i domstolen får medhåll av de flesta respondenter som jag har intervjuat. Uppsatsens tes får ett visst stöd av dessa praktiker, men står inte oemotsagd.

Kanske är det till och med så att den amerikanska advokatrollen och den minskande betydelsen av *jura novit curia* i dessa mål har en växelverkan på varandra. I och med att den svenska advokaten blir mer lik den amerikanska och då mer rättsskapande och kreativ, så tar den svenska advokaten avstånd från *jura novit curia* eftersom principen inte passar med den nya rollen. På samma sätt gör kanske det faktum att man, i den typ av mål uppsatsen behandlar, inte använder sig av principen att advokaten får en mer kreativ och rättsskapande roll. Den svenska processen

blir då mer lik den amerikanska, vilket också leder till att den amerikanska advokatbyråmodellen som en *legal transplant* hamnar i ett system som liknar dess ursprung.

Min slutsats blir därför att den *legal transplant* jag finner i den amerikanska advokatbyråmodellen visserligen stöter på en del skillnader i det svenska rättssystemet, men att dessa skillnader inte är så omfattande att de gör att modellen inte smittar av vissa av dess inbyggda förutsättningar på de svenska advokaterna. På så sätt tror jag att advokaten har fått en rättsskapande roll på grund av influenserna från den amerikanska byråmodellen. Denna *legal transplant* har alltså påverkat det svenska rättssystemet.

Jag vill också lyfta fram slutsatsen att advokaten visserligen har en rättsskapande roll, men inte är ensam om det. Domstolen är det filter som bestämmer vad som ska släppas igenom och bli rätt. Den kan inte släppa igenom allt som båda parternas ombud säger eftersom de typiskt sett argumenterar mot varandra. Domstolen släpper förstås inte heller igenom sådant som skulle kunna vara felaktigt. Vidare vill jag inte underskatta domarnas förmåga att också kunna skapa rätt och, som en av respondenterna i intervjuerna var noga med att påpeka, deras förmåga att kunna hitta rätten. Så jag vill inte påstå att det alltid enbart är advokaterna som presenterar den rättsliga argumentation som blir domen och rätten i ett oklart fall, utan att det är advokaterna och domarna som *tillsammans* verkar rättsskapande.

Men att domarna är rättsskapande är inte lika intressant att lyfta fram eftersom det redan är ett ämne som är uppe till diskussion och till viss del accepteras. Att advokaten skulle ha en rättsskapande roll är fortfarande inte uppmärksammat och denna roll har den privata aktören tagit i tystnad, i det dolda. Kanske till och med dold i skuggan bakom domarens rättsskapande roll.

7.2. Advokatens argumentation – en rättsformant

Jag vill därför inte påstå att praxis enbart skulle innebära advokatens argumentation. I stället vill jag lyfta fram begreppet rättsformant. En rättsformant innebär något som påverkar rätten eller en rättsregels innebörd. Det kan vara alla de olika accepterade rättskällorna som finns i ett system och som måste vägas samman för att en rättsregel ska träda fram. Även dessa rättskällor kan i sin tur vara uppbyggda av en mängd rättsformanter. Det kan också vara icke-juridiska källor som politik, filosofi, religion eller liknande som påverkar hur en rättsregel ser ut. Dessa formanter behöver inte nödvändigtvis vara i harmoni med varandra.¹⁷⁸ Jag menar att den argumentation som advokaterna presenterar för domstolen i oklara fall där det inte finns en klar rättsregel att följa, utgör en rättsformat som påverkar hur rättsregeln sedan kommer att se ut. Jag vill påstå att advokatens argumentation är en så pass stark rättsformant att advokaten har en tydligt rättsskapande roll.

¹⁷⁸ Sacco, Rodolfo, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 39, 1991, s. 21 ff. och s. 30 ff..

7.3. Marodörkartan

Så, nu såhär vid slutet kan man fråga sig vad det är man har kunnat se på min marodörkarta. Jag skulle vilja påstå att några av rummen på slottet har uppenbarat sig framför våra ögon. Den stora hallen i slottet verkar utgöras av den amerikanska advokatbyråmodellen i form av en *legal transplant*. Efter hand uppenbarar det sig dörrar på väggarna i hallen. På några av dörrarna står det ”Juristutbildning”, ”Praxis”, ”Domarens rättsskapande roll i Sverige” och ”Jura novit curia”. Allt eftersom öppnas dessa dörrar och man kan se hur de juridiska aktörerna rör sig genom rummen. På etiketterna som hör till de aktörer som befinner sig på slottet kan man bland andra läsa ”Advokaten (rättsskapare)”.

Det finns en poäng i att ordet rättsskapare står inom parentes. Ibland syns det ordet inte alls, utan det står bara ”Advokaten”, ibland står det något annat i parentesen och ibland står det något annat utan en parentes. Poängen med parentesen är att det inte syns så tydligt att advokaten har en rättsskapande roll. Ser vi på etiketten som hör till domaren så finns nog parentesen runt ordet rättsskapare i de flesta fall inte kvar längre.

Men tittar man riktigt noga på marodörkartan igen så tror jag att man trots allt kan läsa ”Advokaten – rättsskapare”.

”*Mischief managed.*”¹⁷⁹

¹⁷⁹ Rowling, J. K., *Harry Potter and the Prisoner of Azkaban*, Bloomsbury, London, 1999, s 204.

KÄLLFÖRTECKNING

1. Artiklar

Adler, Barry E., *Lawyers as Lawmakers, privilege, and agency*, International Review of Law and Economics, Vol. 38, 2014

Bernitz, Ulf, *What is Scandinavian Law? Concept, Characteristics, Future*, Scandinavian Studies in Law, vol. 50, 2007

Boulton, W. W., *The Legal Profession in England: Its Organization, History and Problems*, American Bar Association Journal, Vol. 43, 1957

Ewald, William, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 43, 1995

Ginsburg, Ruth Bader och Bruzelius, Anders, *Civil Procedure in Sweden*, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 5:173, 1966

Jägerskiöld, Stig, *Roman Influence on Swedish Case Law in the 17th Century*, Scandinavian Studies in Law, vol. 11, 1967

Kobayashi, Bruce H., Ribstein, Larry E., *Class Action Lawyers as Lawmakers*, Arizona Law Review Vol. 46:733, 2004

Legrand, Pierre, *The Impossibility of 'Legal Transplants'*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 1997

Lindblom, Per Henrik, *Domstolarnas växande samhällsroll och processens förändrade funktioner – Floskler eller fakta?*, SvJT 2004 s. 229

Martin, Eric L., *Liberalization and Cravathism: How Liberalization Triggered the Reorganization of the Legal Profession in Germany and Japan*, 43 Stanford Journal of International Law 169, 2007

Petersen, Clement Salung, *Treaties in Domestic Civil Litigation: Jura Novit Curia?*, Nordic Journal of International Law, Vol. 80, Nr. 3, 2011

Ramberg, Christina, *"Give me the Law" Avskaffa Jura novit curia!*, Advokaten nr. 8, årgång 72, 2006

Rask Madsen, Mikael, *Return to the Copenhagen "Magic Circle": First Elements of a Longitudinal Study of Large Law Firms in Denmark*, *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 53, p 303-319, 2008

Re, Edward D, *The Lawyer as a Lawmaker*, *American Bar Association Journal*, Vol. 52, 1966

Rubin, Paul H., Bailey, Martin J., *The Role of Lawyers in Changing the Law*, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 23, Nr. 2, 1994

Sacco, Rodolfo, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, 1991

Stein, Peter G., *Roman Law, Common Law, and Civil Law*, *Tulane Law Review*, Vol. 66, 1992

Trubek, David M., Dezalay, Yves, Buchanan, Ruth and Davis, John R., *Global Restructuring and the Law: Studies of the Internationalization of Legal Fields and the Creation of Transnational Arenas*, 44 *Case Western Reserve Law Review* 407, 1994

Valguarnera, Filippo, *Judicial Policymaking in Sweden: A Comparative Perspective*, *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 61, 2015

Van Caenegem, Raoul Charles, *Law in the Medieval World*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1981

Watson, Alan, *The Birth of Legal Transplants*, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 41, Issue 3, 2013

Wersäll, Fredrik, *En Offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning*. SvJT 2014 s. 1

Wiklund, Ola, *Om Högsta domstolens rättsskapande verksamhet – löper domstolen amok?* Ola Wiklund, SvJT 2014 s. 335

2. Böcker

Agell, Anders, Malmström, Åke, i samarbete med Ramberg, Christina, *Civilrätt*, Liber, Malmö, upplaga 21:2, 2010

Almquist, Jan Eric, *Den svenska processrättens historia / efter föreläsningar av professor Jan Erik Almquist*, Stockholms högskolas juridiska förening, Stockholm, upplaga 5, 1954

Bergman, Paul, *Trial Advocacy in a Nutshell*, Thomson West, St. Paul, United States of America, fjärde upplagan, 2006

Bladini, Moa, *I objektivitetens sken – en kritisk granskning av objektivitetsideal, objektivitetsanspråk och legitimeringsstrategier i diskurser om dömande i brottmål*, Makadam förlag, Göteborg, 2013

Calleman, Catharina, (Red.) *Rätten i den ekonomiska krisen*, Uppsala, Iustus Förlag, 2011

Dalhuisen, Jan, *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law Volume 1: Introduction – The New Lex Mercatoria and its Sources*, Hart Publishing, Oxford, fjärde upplagan, 2010

Danowsky, Peter, *Advokatycket, upphovsrätten och yttrandefriheten – en artikelsamling*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2012

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, *Rättegång I*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, upplaga 8:7, 2002

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Heuman, Lars, *Rättegång IV*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, upplaga 7:2, 2009

Ekholm, Mats, Fransson, Anders, *Praktisk intervjuteknik*, Norstedts Förlag AB, Stockholm, fjärde omarbetade upplagan, 1992

Gunnarsson, Åsa, Svensson, Eva-Maria och Davies, Margaret (Red.), *Exploiting the Limits of Law: Swedish Feminism and the Challenge to Pessimism*, Hampshire, England, Ashgate Publishing Limited, 2007

Heuman, Lars, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2005

Kane, Mary Kay, *Civil Procedure in a Nutshell*, Thomson West, St. Paul, United States of America, sjätte upplagan, 2007

Korling, Fredric, Zamboni, Mauro (Red.) *Juridisk metodlära*, Lund, Studentlitteratur, upplaga 1:4, 2013

Kvale, Steinar, Brinkmann, Svend, översatt av Torhell, Sven-Erik, *Den kvalitativa forskningsintervjun*, Studentlitteratur, Lund, tredje reviderade upplagan, 1997

Law, Jonathan, Martin Elizabeth A, *A Dictionary of Law*, Oxford University Press, Oxford, sjunde upplagan, 2009

Leman, Rolf, *D:r Philip Lemans Advokatbyrå: Från 1800-talets mitt till våra dagar*, Göteborg, Lemans advokatbyrå, 1986

Rowling, J. K., *Harry Potter and the Prisoner of Azkaban*, Bloomsbury, London, 1999

Ställvik, Olof, *Domarrollen – Rättsregler, yrkeskultur och ideal*, Stockholm, Jure förlag AB, 2009

Van Caenegem, Raoul Charles, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge University Press, 1995

Wersäll, Fredrik, Hirschfeldt, Johan, Eka, Anders, Fura, Elisabet, Modéer, Kjell Å (Red.), *Svea hovrätt 400 år*, Stockholm, Norstedts Juridik AB, upplaga 1:1, 2014

Westberg, Peter, *Civilrättskipning*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, upplaga 1, 2012

Zweigert, Konrad, Kötz, Hein, översatt av Weir, Tony, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, tredje reviderade upplagan, 1998

3. Intervjuer

Christer Ranch, universitetsadjunkt, advokat och tidigare domare, Göteborgs universitet, den 23 november 2015

Henrik Winman, hovrättslagman, avdelning 3, hovrätten för Västra Sverige, den 19 november 2015

Hjalmar Forsberg, hovrättslagman, avdelning 4, hovrätten för Västra Sverige, den 12 november 2015

Juristerna A1, A2 och A3, advokatbyrån Alpha som är en av Sveriges största advokatbyråer, den 4 november 2015

4. Lagar

Regeringsformen (1974:152)

11 kapitlet 14 §

Rättegångsbalken (1942:740)

35 kapitlet 2 § andra stycket första meningen

17 kapitlet 3 § andra meningen

5. Offentligt tryck

Motiven till Förslag om sakförandeväsendets ordnande i Nya lagberedningens betänkande 1884

6. Rättsfall

6.1. EU-domstolen

Mål 6/64 - *Flaminio Costa mot E.N.E.L.* - Domstolens dom den 15 juli 1964.

6.2. Franska Cour de Cassation

GP 1930. 1. 413 Case Delville et ses fils v. Habasque från den 20 januari 1930

GP 1936. 2. 893 Case Société cultuelle de secours israélite de Saint-Fonsv. Barouk Bittoum från den 18 september 1936

6.3. Svenska Högsta domstolen

NJA 2013 s. 376

NJA 2013 s. 1190

NJA 2015 s. 36

NJA 2015 s. 72

6.4. The Supreme Court of the United States

Lawrence et al. v. Texas, 539 U.S. (2003)

Planned Parenthood of Southeast Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992)

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)

7. Föreläsningar

Valguarnera, Filippo, föreläsning på kursen Civilprocessrätt på juristprogrammet, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, 22 september 2014

Valguarnera, Filippo, föreläsning på kursen Comparative Legal History på juristprogrammet, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, 26 mars och 5 maj 2015

8. Internet

8.1. Hemsidor

Delphi, <http://www.delphi.se/>, 7/10-2015

Glimstedt, <http://www.glimstedt.se/>, 9/10-2015

Lindahl, <http://www.lindahl.se/>, 6/10-2015

Mannheimer Swartling, <http://www.mannheimerswartling.se/>, 8/10-2015

MAQS Advokatbyrå, <http://maqs.com/>, 8/10-2015

Setterwalls, <http://www.setterwalls.se/>, 8/10-2015

Uppsala universitets hemsida, <http://www.uu.se/om-uu/historia/kort-historik/>, 1/10-2015

Vinge, <http://www.vinge.se/>, 6/10-2015

Wistrand, <http://www.wistrand.se/>, 7/10-2015

8.2. Artiklar, bloggar, uppslagsverk

Encyclopaedia Britannica, Britannica Academic, Encyclopædia Britannica Inc., 2015, Web., uppslagsord: "barrister", <http://academic.eb.com.ezproxy.ub.gu.se/EBchecked/topic/54131/barrister?anchor=ref1215679>, 21/12-2015; "Christopher Columbus Langdell", <http://academic.eb.com.ezproxy.ub.gu.se/EBchecked/topic/329630/Christopher-Columbus-Langdell>, 10/11-2015; "legal education", <http://academic.eb.com.ezproxy.ub.gu.se/EBchecked/topic/721897/legal-education>, 10/11-2015

Ramberg, Anne, *Advokaten i samhället då och nu – Anne Rambergs inledningsframförande vid Advokatdagarnas öppnande*, Anne Rambergs blogg, 13 oktober 2011, <https://annerambergs.wordpress.com/2011/10/13/advokaten-i-samhallet-da-och-nu/>, 30/9-2015

Svensk Juristtidning, tema om domstolarna och makten, <http://svjt.se/tema/domstolarna-och-makten>, 2/11-2015

Jag, Victoria Kedner, registrerades på kursen Examensarbete för första gången höstterminen 2015. Jag har inte omregistrerats någon gång och jag har inte heller deltagit i något tidigare examinationstillfälle.