

STEFAN LINDSKOG

# Att vara advokat i Högsta domstolen

Rubriken kan förstås på två sätt. Det är avsiktligt. Vad jag vill redogöra för är mina erfarenheter av såväl hur det är att som advokat processa i Högsta domstolen som hur det är att som (tidigare) advokat börja som och vara justitieråd i domstolen.

Efter sedvanlig tingstjänstgöring inledde jag år 1976 min advokatbana genom att börja som biträdande jurist på en advokatbyrå där min förebild som advokat fanns, Folke Wistrand. Han blev min mentor.

Jag blev kvar på samma byrå, om än med ändrad verksamhetsort, i drygt 30 år, nämligen fram till dess jag efter utnämningen till justitieråd vid tiden för älgjaktens början år 2007 tillträdde med den första sessionen år 2008. Vid den traditionstyngda installeringen i plenum blev jag efter den speciella hälsningsceremonin informerad om att jag var justitieråd nummer 306 och den tionde tidigare advokaten. Att det runt det långa bordet fanns tre ledamöter som kom från advokatskrået visste jag redan.

Efter den mäktiga inledningen på min bana som justitieråd inträdde den stora stillheten. Ett ganska litet tjänsterum med ett ganska litet skrivbord som var helt tomt med undantag för en blomsterbukett. Och en alldeles död telefon. Men på ett mycket litet avlastningsbord intill dörren låg några akter med vita omslag. Det var, fick jag senare lära mig, inga akter, det var tryck.

Trycken lärde jag mig snart att uppskatta. De kom indansande genom vaktmästeriets försorg som ett varsel om en lycklig tilldragelse. För när man öppnade ett tryck så var det som att vara med om de första födsloverkningarna av ett prejudikat. Där fanns underätternas avgöranden. Där fanns den relevanta skriftväxlingen. Där fanns en gedigen rättsutredning med förarbeten, all väsentlig praxis och rättslitteratur, allt kopierat och prydligt sorterat. Och där fanns ett omsorgsfullt genomarbetat avgörandeförslag i form av ett betän-

kande. Allt utarbetat och sammanställt av den ansvariga justitiesekreteraren, en mycket kvalificerad yngre domare. Men det var i de dispenserade målen.

Innan ett mål mognade till ett blommande prejudikatämne i form av ett femmanstryck hade det genomgått en ganska hårdhänt hantering. Av lite drygt 5 000 överklaganden årligen blir det högst 150 som släpps igenom för en prövning i sak och ännu färre som verkligen bär frukt. Gallringen skedde, visade det sig, etappvis.

Först kommer enmanstrycken i buntar om 5–10 åt gången. De innehåller underrätternas avgöranden och överklagandeinlagan samt en kortfattad PM som i regel förklarar varför målet inte är prejudikatintressant. Där faller efter beslut av en ledamot dryga 90 procent av överklagandena bort. När ett mål överlever brukar det uttryckas så att den ledamot som har fått målet i sin enmansbunt hänskjuter det. Då återkommer målet i form av ett tremanstryck (vilket är något missvisande, eftersom målet undantagsvis kan komma att föredras för endast två ledamöter).

Ett tremanstryck är i regel upplagt som ett femmanstryck, med den främsta skillnaden att det inte finns något betänkande. Föredragning av tremansmålen brukar ske på måndagar. Högsta domstolens två avdelningar turas då om, så att den ena avdelningen har föredragningar på måndagar i jämna veckor och den andra i ojämna veckor. Ledamöterna på avdelningen delas i sin tur in i två dispensavdelningar om tre (eller ibland två) ledamöter vardera. Även där faller merparten av målen bort. Återstår gör endast det dryga 100-tal mål som har gallrats ut till att vara prejudikatämnena.

Nu börjar det riktigt roliga. Men först skall det sägas att när jag började i Högsta domstolen trodde jag att den beskrivna gallringsprocessen var både mödosam och tråkig. Så tycker jag nog inte riktigt att det är. Genom att en så stor andel av målen kan avgöras av en ledamot hushålls ganska effektivt med de begränsade resurserna. Och de många överklaganden som inte har några förutsättningar att kunna leda till något av prejudikatvärde fordrar inte särskilt stor arbetsinsats av justitieråden. Fast visst finns det en del som kräver

eftertanke, både sådana som leder till ett avslag och sådana som hänskjuts. Då är det emellertid plötsligt också lite intressant.

Men som sagt: Det riktigt roliga börjar när man får ett femmanstryck i sin hand. Man öppnar det direkt för att se vad det handlar om och vem som är referent.

Vi har två slags referenter. Det vanliga är så kallade veckoreferenter. Dessa vet inte om sin lycka förrän de öppnar trycket och ser vems initialer som är tillagt med handskrift på föredragningslistan. Men det finns också så kallade fasta referenter. Dessa utses under ett tidigare skede av handläggningen, som regel därför att handläggningsbeslut behöver fattas. Referenten utses av avdelningsordföranden. Den som är ordförande på den dömande avdelningen skall i princip inte vara referent.

Tempot när det gäller ledamöternas hantering av ett dispenserat mål från det att trycket kommer till dess att avgörandet undertecknas förvånade mig. Det går fort.

Trycket kommer i mitten på veckan och skall läsas in före föredragningen, som sker veckan därefter på en tisdag eller en onsdag. Vid föredragningen ger justitiesekreteraren en ganska begränsad redogörelse av vad målet handlar om medan referenten går desto mer grundligt tillväga. Lagtext av betydelse högläses. Praxis, rättsfall och litteratur går igenom. Och referenten avslutar med att ge sin syn på utgången och ofta också på hur avgörandet enligt hans eller hennes mening bör läggas upp. Sedan får varje ledamot i ordning efter ställning redovisa sin uppfattning. Föredragningen övergår alltså i omedelbar överläggning, låt vara att det finns utrymme för ändrade ställningstaganden under den fortsatta processens gång.

Efter föredragningen och den därpå följande överläggningen skall ett avgörandeutkast fram (om inte betänkandet godtas, vilket inte sker så ofta). Det är referentens uppgift, om inte han eller hon är i minoritet (då faller i regel uppgiften på den yngste ledamoten), och utkastet skall vara klart till lunch påföljande måndag.

När avgörandeutkastet kommer på måndagen (eller ibland och i bästa fall redan under helgen) kan övriga ledamöter välja mellan att ge

synpunkter mer eller mindre omedelbart eller vänta med det till den återsamling som sker påföljande torsdag (det vi kallar återställning). Oftast enas man då om referentens votum med vissa justeringar, men det kan också bli fortsatta återställningar följande torsdagar med ett eller flera motförslag på bordet innan avdelningen når ett avgörande.

Efter att ett avgörandeutkast har lästs och godkänts vid återställning cirkuleras det för underskrift. Varje ledamot läser då i enrum genom utkastet, vilket ofta leder till vissa ytterligare justeringar.

Proceduren från ett femmanstryck i handen till ett underskrivet avgörande innehåller som synes ett antal moment, och rutinerna säkerställer att höga krav på kvalitet kan mötas, även om fel och misstag förekommer. Men tiden från mottagandet av trycket till underskrift är som sagt kort, ofta i storleksordningen fyra veckor. Det betyder på den andra sidan att man behöver ha få mål i huvudet samtidigt och att de kolleger som ingår i den dömande avdelningen omedelbart har omständigheterna klara för sig om man känner för att diskutera något under gången.

Är alla mål lika roliga? Nej, så är det naturligtvis inte. Vissa mål kan över huvud inte karakteriseras som roliga, men det hindrar inte att de kan vara intressanta. Och även om alla mål inte är lika intressanta innehåller ett dispenserat mål under alla omständigheter något som fordrar eftertanke. Det har främst att göra med att man alltid måste fundera på vilken prejudikatnytta som kan åstadkommas med det prejudikatämne som man har fått i sina händer. I någon mening får man som prejudikatdomare vara med om att bygga det goda samhället.

Hur långt de högsta domstolarnas mandat sträcker sig kan det dock råda delade meningar om. Vilken normbildningskompetens har de egentligen? Och hur skall den kompetensen utövas?

Det finns ingen tvekan om att ledamöterna i de högsta domstolarna ser på sådana grundläggande frågor på olika sätt. Vissa har en återhållsam syn på normbildningskompetensen, andra en mer aktivistisk. Längden på de steg som tas i prejudikatbildningen kan variera högst betydligt beroende på den tillfälliga sammansättningen.

För egen del ser jag det nog så, att i vissa hänseenden måste det ankomma på de högsta domstolarna att ta ett långtgående ansvar för den fortsatta normbildningen. Det är en konsekvens av att det på en del områden saknas lagstiftningsambitioner hos de politiska organen. Mot ett sådant synsätt kan inte med fog invändas att en domstol inte bör agera normbildande. Det gör en prejudikatdomstol jämt och ständigt. Däremot kan det naturligtvis invändas att det måste finnas gränser för domstolens normbildning. Men som jag ser det är faran med att domstolen skulle vara alltför expansiv i det avseendet tämligen begränsad. Lagstiftaren kan ju alltid korrigera – genom lagstiftning!

Ibland kan det nog vara så att en prejudikatdomstol finner sig både kunna och böra göra vad de politiska organen inte anser sig förmå. Ett exempel är Högsta domstolens uppgörelse med den etablerade påföljdsordningen för narkotikabrott.

Det finns heller ingen tvekan om att en ledamots yrkesmässiga bakgrund kan ha betydelse för hur ledamoten ser på vissa principiella frågor. Om man som jag har varit advokat i många år kan man således inte undgå att präglas av det slags grundläggande rättsliga värderingar som är av betydelse för den enskildes rätt, särskilt rätten till en rättvis rättegång och rättighetsskyddet mot staten.

En intressant fråga är om en ledamots yrkesmässiga bakgrund kan ha betydelse för vilken grad av aktivism ledamoten vill se i prejudikatbildningen. Mycket handlar det nog här om läggningsfrågor. Men jag har en viss känsla av att den som har sysslat mycket med lagstiftning i regel vill se mindre av aktivism i prejudikatbildningen än den som kommer från advokatvärlden. För en lagstiftare sker normbildningen naturligt genom lagstiftning. Den som har varit advokat och stött på sådant som kan uppfattas som fel och orättvist i lagstiftningen eller i praxis kan på den andra sidan ha byggt upp en vilja att rätta till. Det gäller i viss mån även dem som kommer från rättsvetenskapen. Av sådana skäl är det viktigt att ledamöterna kommer från olika håll och för med sig olika erfarenheter och i viss mån skilda värderingar in i domstolen.

Hur var det då att som advokat processa i Högsta domstolen? Och hur ser jag på det nu?

Jag hade många mål i Högsta domstolen. De flesta mål jag hade avgjordes på handlingarna, men jag fick också vara med om ett antal huvudförhandlingar.

Min statistik när det gäller vinster i Högsta domstolen framstår inte som lysande framgångsrik. Men det hänger i betydande grad samman med att jag ofta fick ta över ett mål som hade förlorats i hovrätten. Det första och viktigaste var då att få prövningstillstånd. Men för att få det var jag tvungen att spela bollen där den låg. Jag fick alltså ta målet som det var och hade ingen möjlighet att lägga upp en sådan ”vinnande linje” som jag kunde göra i mål där jag hade fört saken redan från början.

En annan omständighet som försämrade statistiken var att jag var framgångsrik med att få upp förlorade mål, ärvda eller egna. Av justitieråd som jag hade lärt känna hade jag fått veta att jag alltid skulle godta hovrättens bevisvärdering och alltså inte åberopa någon bevisning i Högsta domstolen. Jag skulle också skriva kort och bara tala om varför ett prejudikat behövdes. Inte varför jag hade rätt; det var en senare fråga.

Det fungerade bra. Men sedan brukade jag förlora oftare än vad jag vann. Det var inte bra för min statistik, även om jag kanske hade en bättre ändringsfrekvens än genomsnittet.

De mål som jag vann i hovrätten kom däremot sällan upp i Högsta domstolen. Motpartsombuden verkade inte ha fått samma goda råd som jag, utan de åberopade frejdigt samma bevisning som i underätterna plus lite till. Och det var heller inte bra för min statistik. Men det var i varje fall bra för klienten.

När jag nu sitter ”på andra sidan” förstår jag hur värdefulla de råd jag fick var. En prejudikatdomstol måste vara sparsam med sina resurser. Mesta möjliga prejudikatnytta skall åstadkommas med en förhållandevis begränsad insats. Då har man inte råd med bevisning och helst inte heller med huvudförhandlingar. Då vill man helst ha en (1) identifierad och betydelsefull prejudikatfråga med alla sakomständigheter klarlagda.

Det säger sig naturligtvis självt att alla prejudikatfrågor inte är lika viktiga. Ju viktigare frågan är, desto mer uppoffringar kan den vara värd. Särskilt när situationen inte är så helt renodlad som man som överklagande advokat kunde önska, kan det därför vara klokt att redogöra för förhållanden av betydelse för hur man skall se på vikten av ett prejudikat i målet. Domstolen är till exempel lyhörd för det förhållandet att en till synes liten och vardaglig fråga kan vara så vanlig och beröra så många att dess samhällseliga betydelse är stor. Omvänt kan ett prejudikat som rör en mindre frekvent förekommande situation bedömas vara av stor vikt, om rättsosäkerheten är särskilt besvärande när situationen aktualiseras. I fråga om vikten av ett prejudikat kan också utlåtanden ha betydelse, såväl från branschorganisationer eller andra med kunskaper om de sakliga förhållandena, som från rättsvetenskapligt håll.

När jag var advokat ville jag gärna ha huvudförhandling. Som justitieråd är jag mindre angelägen. Men det skall sägas att en huvudförhandling i Högsta domstolen är en behaglig upplevelse. När jag själv processade fick jag känslan att jag talade inför det mest intresserade och kunniga auditorium man kunde tänka sig. Och när jag nu leder förhandlingar i domstolen är jag verkligen intresserad och gör vad jag kan för att parter och ombud skall känna sig bekväma och förmå att lägga fram sin sak på det sätt som de önskar och har rätt till.

Men lite passiva tyckte jag att domstolens ledamöter var. Och det tycker jag nog nu också. Det är inte fel att fråga, om man tycker att något inte är helt klart. Och det är mycket lämpligt att ställa frågor, om man anar att motsidan inte har uppfattat vad man själv tror sig ha gjort.

Vad tror jag då om advokaterna och Högsta domstolen i framtiden?

De advokater som processar i Högsta domstolen bör bättre lära sig att förstå vad som krävs för att få prövningstillstånd. Alltför ofta ser man i och för sig välskrivna överklagandeinlagor som redovisar varför hovrätten skulle ha dömt fel. Men Högsta domstolen meddelar inga ändringsdispenser. Varför ingen bevisning skall åberopas har jag redan förklarat.

Vad säkerligen såväl de processande advokaterna som Högsta domstolen kan bli bättre på är att finna ut hur prejudikateffektiviteten kan öka genom partiella prövningsdispenser. Den advokat som kan visa hur med ett skickligt kirurgiskt snitt en prejudikatfråga kan skiljas ut ur ett komplext processmaterial kan få en chans till att vinna framgång för sin klient. Det är värt lite intellektuell ansträngning.

När det gäller advokater som kan tänka sig att lämna sitt kall för att ta säte i Högsta domstolen (eller i Högsta förvaltningsdomstolen) tror jag att man måste utmana ödet och våga söka sig dit. Det är viktigt med en god andel tidigare advokater i de högsta domstolarna, lika viktigt som att andra yrkeserfarenheter är representerade. Det låter sig diskuteras vad som är en "optimal" advokatkvot. Kanske har man nu nått den när det gäller Högsta domstolen. Men oavsett hur det förhåller sig med det och oberoende av hur små eller stora möjligheterna är att få en tjänst som justitieråd om man söker är det viktigt med många sökande. Det säkerställer en hög kvalitet på de högsta domstolarna och det ger dem bättre legitimitet. Det framstår också som naturligare att söka om många gör det. Dessutom och framför allt: Det är värt ett försök. För att vara justitieråd är ett privilegium. Det ger stor tillfredsställelse att som arbetsmyra i de högsta domstolarna dra sina strån till stacken. Det gäller bara att tänka till så att man drar barren till rätt stack.

*Ur Sveriges advokatsamfund 125 år (2012)*