

STEFAN LINDSKOG

En högsta domstols uppgifter

VÄNBOK TILL MATS MELIN

1. INLEDNING

Ett diskussionsämne på det nordiska juristmötet i Helsingfors år 2017 rörde vilka uppgifter en högsta domstol har. Jag deltog som s.k. ko-referent och hade som sådan skrivit ett referat. Detta finns nu tillgängligt för alla men hade vid diskussionstillfället delats med endast övriga referenter.

Av naturliga skäl blir en diskussion av det ifrågavarande slaget begränsad i olika hänseenden. Tiden räcker inte till för att beröra alla de frågor som referenten respektive koreferenterna behandlar i sina referat. Och när det gäller diskussionen av de frågor som referenterna lyfter fram i sina muntliga inlägg är det ofrånkomligt att vissa överskuggar andra. Men ljuset kommer ibland från oväntat håll med andra perspektiv som följd, och en del nya frågor kan komma upp. Då kan det bli spännande. Och det blev det (inte minst i eftersnacket), men likväl förblev mycket osagt.

Det är i och för sig närmast självklart att ordföranden i en högsta domstol har ett starkt intresse för domstolens uppgifter. Men det finns temperaturskillnader även på andra ställen än, ja ni vet. Och den höga temperaturen när det gäller Mats Melins intresse för våra högsta domstolars uppgifter kan man inte ta miste på. Det gäller särskilt domstolarnas konstitutionella roll. Han hade också ett väl genomtänkt och intressant inlägg i Helsingfors. När nu Mats vid sin avgång som ordförande i Högsta förvaltningsdomstolen ska hyllas för sina insatser i svenskt (och även internationellt) rättsliv, så kan det vara befogat att återkomma till den diskussion som fördes i Helsingfors. Det följande bygger på mitt nämnda referat. Det är i vissa hänseenden bearbetat och fördjupat men också begränsat att mer precist ta sikt på svenska förhållanden. Dessutom har jag i fotnot-

sform kompletterat mina synpunkter med exemplifieringar, huvudsakligen i form av rättsfall från Högsta domstolen.¹ Jag har heller inte kunnat avhålla mig från en och annan utvikning i fotnoterna.

2. EN HÖGSTA DOMSTOLS FÖRSTA UPPGIFT ÄR ATT UTÖVA NORMATIV MAKT I FORM AV PREJUDIKATBILDNING

De högsta domstolarna ska enligt min mening som utgångspunkt ha bara en uppgift; rättsbildning genom prejudikat. Så är det inte nu, vare sig i Högsta förvaltningsdomstolen eller i Högsta domstolen. Men när andra uppgifter läggs på en högsta domstol, så sker det på bekostnad av prejudikatbildningen.

I sin prejudikatbildning är en högsta domstol inte till för parterna; den parasiterar på deras process. Det primära syftet med domstolens prövning är inte att avgöra målet utan att slå fast vad som ska gälla för framtiden. Det har betydelse i flera hänseenden. Inte minst i fråga om hur avgörandet skrivs. Om avgörandet ska syfta till vägledning, så bör skrivningarna ta sikte på dem som framöver ska vägledas. Det får inte hindra att rättvisa skipas i det enskilda fallet. Och även parterna har anspråk på att bli upplysta av domskälen. Men att avgöra vad som ska gälla mellan parterna i det konkreta fallet är inte huvuduppgiften; det är ett medel och inte ett mål.

I princip all prejudikatbildning är normativ. Den bygger på värderingar av olika slag, och den syftar som nämnts till framtida vägledning. Ett prejudikatbehov förutsätter ett på så sätt oklart rättsläge, att det kan finnas två eller flera försvarbara uppfattningar om hur den rättsliga frågan ska besvaras. Oklarheten kan ha olika orsaker. Det kan röra sig om en ny fråga eller en fråga som i underrättspraxis har fått oförenliga svar. Men grundproblemet är detsamma. Om två kammarrätter i en viss rättsfråga har kommit till olika resultat utan att någon av dem kan sägas ha fel, så föreligger det ett normativt vakuum på precis samma sätt som när rättsläget är oklart utan att

¹ Jag inser det oartiga i att i allt väsentligt hänföra mig till Högsta domstolens och inte till Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden. Men i valet mellan en redan stensatt väg och en väg som med viss möda behöver stensättas innan den kan beträdas väljer jag av lättja den första.

det finns några motstridiga domar. Och oavsett i vilket sammanhang en högsta domstol slår fast vad som gäller i ett oklart rättsläge, så innebär det ett rättsskapande. De frågor som man bör ställa sig är hur långt den normativa makten sträcker sig, och hur makten inom dessa gränser ska utövas. I det följande ska jag något beröra gränserna för en högsta domstols normgivningskompetens och hur kompetensen inom dessa ramar bör utövas. Men först ska jag kortfattat behandla vad normgivningsuppgiften ställer för krav på en högsta domstols sammansättning.

3. NORMGIVNINGSUPPGIFTENS BETYDELSE FÖR EN HÖGSTA DOMSTOLS SAMMANSÄTTNING

Normgivning genom prejudikatbildning är en grannliga uppgift. När en högsta domstol genom ett avgörande positionerar rättsläget i ett visst hänseende, så ställs många krav på både vägen dit och resultatet. En fastslagen rättssats ska gå ihop med rättssystemet i övrigt och dessutom spegla de samhälleliga värderingar som vid tiden gör sig gällande på det aktuella området. Rättssatsen ska vara tillräckligt vid och klar för att ge god vägledning. Samtidigt bör den inte vara så fast att den hindrar det hänsynstagande som kan behöva tas till udda fall. Och på ett dynamiskt rättsområde kan öppningar för fortsatt rättsutveckling behövas. Domstolens ställningstagande ska slutligen vara väl motiverat i domskälen.²

Rättsbildning genom prejudikat är visserligen händelsestyrd – det krävs i princip att någon som har förlorat ett mål överklagar – och den sker punktvis genom enskilda avgöranden. Men en högsta domstols normgivning bör likväl ses ur ett helhetsperspektiv. De enskilda prejudikaten på ett visst rättsområde ska sammantaget bilda normativa mönster med en inre koherens och en gärna tydlig men i allmänhet försiktig färdriktning. Detta kräver att ledamöterna i

² Det sagda tar sikte på den förmodligen vanligaste situationen, nämligen att prejudikatet går ut på att slå fast eller klargöra en rättsregel som sedan ska kunna tillämpas subsumtionsvis. Men ett prejudikat kan ha annan karaktär, exempelvis att anvisa ett analyschema (vad jag i något sammanhang har kallat mönsterprejudikat). Från sådana andra slags prejudikat bortser jag här.

en högsta domstol inte bara är skickliga jurister rent analytiskt sett, utan också att de har överblick – såväl när det gäller de juridiska fälten som rörande samhället i stort – och ett medvetet och konsekvent rättspolitiskt förhållningssätt.³

Det betyder nu inte att alla ledamöter bör vara stöpta i samma form. Tvärtom bör de utgöra en bukett av olika blommor och blad. Diversifiering när det gäller kompetens, ålder, yrkesbakgrund, kön, etnicitet, kynne m.m. befrämjar. Det som förenar ska vara den juridiska skickligheten och förmågan att se längre än det enskilda målet. Men om prejudikatbildningen över tid ska bilda en harmonisk helhet så måste antalet ledamöter vara begränsat. Vad ett avgörande blir får inte i alltför hög grad bero på vilka ledamöter som har deltagit i detta. Jag ifrågasätter om vi inte idag är för många domare i våra högsta domstolar. Vidare bör flertalet ledamöter sitta rimligt länge i domstolen. Kanske 15 år i snitt kan vara ett riktmärke för en god kontinuitet.

Denna syn är ett bland flera skäl för min inställning att en högsta domstol och dess ledamöter så långt det låter sig göras bör ägna sig åt prejudikatbildning. Fler uppgifter kräver fler domare och medför därmed risk för mindre enhetlighet i prejudikatbildningen. Någon har visserligen sagt att många uppgifter breddar erfarenhetsbasen, men det kunnande som en god prejudikatdomare bör ha är något som helst ska finnas redan när han eller hon tar säte i domstolen.

En annan aspekt i sammanhanget gäller enskilda ledamöters specialkunskaper. Jag ifrågasätter om inte dessa genom en i viss mån styrd indelning ska få större genomslag än vad som idag är fallet, i allt fall i Högsta domstolen. En återkommande invändning mot detta är att en enskild ledamot skulle kunna få för stort inflytande. Men det är min erfarenhet att en ledamots specialkunskaper inte ger ledamoten någon förstärkt auktoritet utan i stället kommer alla till del genom ett bättre beslutsunderlag. Och det förbättrar i sin tur förutsättningarna för god koherens i rättsbildningen.

³ Med rättspolitiskt förhållningssätt menar jag då inte någon sådan rättspolitisk målbild som kan komma till uttryck i ett partiprogram. Vad jag avser är i stället insikt och orienteringsförmåga när det gäller övergripande rättsprinciper och de värderingar som ligger till grund för dessa.

4. OLIKA NORMGIVNINGSSITUATIONER

När det gäller gränserna för den normativa makten finns det anledning att skilja mellan olika situationer.

Normalfallet är att en högsta domstol genom prejudikat klargör gällande rätt. Redan genom formuleringen – klargörande av rätten – antyds att det här inte föreligger något problem med normbildningskompetensen. Rättsskapandet håller sig inom ett redan normerat område och sker i harmoni med denna normering. En ö av oklarhet i en eljest kartlagd terräng blir belyst och förklarad. Det hindrar naturligtvis inte att sådan rättsbildningen är normativ i den mening som har nämnts i det föregående. Man kan tala om en rent rättsklargörande verksamhet.⁴

Men inte sällan innebär ett prejudikat ett slags expansion av gällande rätt, nämligen vid rättsbildning i ett rättsligt terra inkognito. En ny samhällsföreteelse kan föranleda behov av nya rättsregler. Ett exempel är assisterad befruktning och surrogatmoderskap.⁵ Ett annat exempel är hur man i olika rättsliga hänseenden ska se på elektronisk information.⁶ När det är fråga om ny rättsbildning utanför ramarna för vad som redan är normerat kan det vara befogat att tala om rättsutveckling.

Någon gång kan också situationen vara den, att rättsläget så till vida är klart som att det finns en i praxis etablerad ordning. Ordningen har emellertid på grund av omvärldsförändringar blivit otidsenlig

4. Att det rör sig om ett rent rättsklargörande inom ramarna för ett normerat rättsområde blir särskilt tydligt när det i förarbetena uttalas att viss fråga får besvaras i rättstillämpningen. Exempelen på rättsbildning genom prejudikat i sådana fall är många. – Här ett litet språkligt påpekande. När lagstiftaren säger sig lämna över en fråga att besvaras i rättstillämpningen, så är domstolarnas uppgift taget strikt efter ordalagen omöjlig. En regel kan tillämpas, men inte en fråga eller en oklarhet. Vad som avses är emellertid inte det som sägs; tanken är att domstolarna genom sitt rättsskapande – inte rättstillämpande – ska normera i det rättsvakuum som lagstiftaren lämnar efter sig.

5. I ”Tvillingarna” NJA 2015 s. 675 uppkom vissa nya rättsliga frågor med anledning av en utomlands genomförd assisterad befruktning med embryon (såväl ägg som spermie är då donerade, vilket innebär att det biologiska föräldrskapet är helt ”externt”). Sådan befruktning får inte genomföras i Sverige. Frågan i målet var om mannens samtycke, som hade villkorats av att endast ett embryo inplanterades, var bindande när hustrun hade låtit inplantera två embryon och det resulterade i tvillingar. (Hur det gick? Man kan inte villkora ett åtagande att vara förälder!) Något vägledande prejudikat rörande surrogatmoderskap finns ännu inte.

6. Detta illustreras av ”Aftonbladets elektroniska fotografier” NJA 2015 s. 631. En fråga som aktualiserades i målet var om beslagsförbudet i 27 kap. 2 § rättegångsbalken, som avser att skydda viss information i en skriftlig handling, omfattade också elektronisk information. Så befanns vara fallet. Se även not 11 nedan.

eller framstår av något annat skäl som olämplig eller mindre godtagbar. När rättsläget då förändras genom ett prejudikat kan man kanske tala om rättskorrigerig. Ett exempel är att konventionsrätten ställer sådana krav att en given rättsregel måste omtolkas eller rent av förkastas.⁷

5. GRÄNSERNA FÖR NORMGIVNINGSKOMPETENSEN OCH EN HÖGSTA DOMSTOLS ANDRA UPPGIFT

Även om rättsklargörande prejudikatbildning innefattar ett utövande av normativ makt medför sådant rättsskapande, som redan har påpekats, inte några bedömningssvårigheter från kompetenssynpunkt. Vi rör oss här på juridikens stora autostrador.

I regel bjuder inte heller prejudikatbildning i ett rättsligt terra incognito på några problem när det gäller gränserna för en högsta domstols kompetens. Varje rättslig fråga har ett svar, låt vara att svaret förutsätter ett rättsskapande. Problemet ligger på en annan kant; det rör principerna för hur normgivningsmakten ska utövas.

Situationen är annorlunda när det gäller vad jag har kallat rättskorrigerig genom prejudikat. Här är åtminstone i princip rättsläget klart. Det finns alltså ett svar på den fråga som domstolen har att besvara. Problemet är att domstolen av ett eller annat skäl inte vill godta det svaret.

När gällande rätt är bestämd genom domstolens egen prejudikatbildning kan rättskorrigerig ske enligt särskilda processuella regler. Det föreligger således inte heller här någon egentlig kompetensbegränsning. Huruvida rättskorrigerig ska ske eller inte är närmast en lämplighetsfråga. Och det ligger i sakens natur att skälen för en

⁷ Se not 12 nedan beträffande *ne bis in idem* och det svenska tvåspårssystemet med skattebrott och skattetillägg. Ett annat exempel är NJA 2012 s. 464 som gällde ersättning på grund av frihetsberövande. Enligt en äldre syn som hade visst stöd i förarbetena skulle det förhållandet att den frihetsberövade var s.a.s. van att sitta inne reducera storleken av den ideella ersättningen. Högsta domstolen ansåg att det synsättet inte var förenligt med de idag förhärskande etiska och sociala värderingarna.

korrigerig bör väga ganska tungt för att det ska vara motiverat med ett sådant ingrepp.⁸

Den svåra men dessbättre ovanliga situationen är att tillämpning av en lagbestämmelse skulle ge ett resultat som domstolen inte vill acceptera. Det kan finnas olika skäl till det.

En situation är att en lagbestämmelse har formulerats för vitt med resultat att den i ett visst typfall motverkar sitt syfte. Det finns då i allmänhet utrymme för domstolen att intentionslojalt formulera en undantagsregel.⁹ Huruvida det också är lämpligt att slå fast en undantagsregel i strid mot lagbestämmelsens ordalydelse är en annan fråga.¹⁰

⁸ Men hur tungt skälen för en ändring bör väga för att det ska vara motiverat med en rättslägeskorrigerig beror på omständigheterna. Att det tidigare avgörandet redan från början var "dåligt" i största allmänhet bör i regel inte räcka (märk dock "Indragningen av mammas andel" NJA 2015 s. 72; visserligen hänvisar referenten i ett tillägg till förändringar i rättsliga och ekonomiska förhållanden, men pleniavgörandet framstå likväl som ett underkännande av det tidigare avgörandet). Om avgörandet efter hand har visat sig leda till inte önskvärda effekter, bör emellertid bedömningen kunna bli annorlunda. Så naturligtvis i än högre grad om avgörandet har kommit att bli mindre förenligt med rättsutvecklingen på närstående områden eller med samhällsutvecklingen i stort (i NJA 2015 s. 374, som gällde statens rättegångskostnadsansvar vid utmätning för skatt, föranledde principen om rätten till rättvis rättegång att ett tidigare prejudikat frångicks; jfr också not 7 beträffande NJA 2012 s. 464). – När jag har talar om korrigerig tar jag sikte på en ändring av det äldre prejudikatets själva kärna. Mindre ingripande rättslägeskorrigeringar – såsom nyanseringar, förtydliganden respektive mer partiella eller perifera avståndstaganden – kan ofta ske utan ett pleniavgörande. Ett långt drivet krav på plenum skulle ju motverka plenumreglernas syfte; de är till för att möjliggöra rättsutveckling, inte för att försvåra sådan utveckling. Ett exempel på en sådan mindre ingripande rättslägeskorrigerig är "AQ-Enclosure Systems" NJA 2010 s. 448 som innebar ett visst avståndstagande från det ur vissa synvinklar mindre lyckade avgörandet "A O Byggservice" NJA 2006 s. 101 (skrivningen i p. 10 i 2010 års avgörande är dock något "överslätande"). Ett annat exempel är "Cargo Center" NJA 2014 s. 760, där Högsta domstolen i p. 11 i begränsande riktning tydliggjorde rättsverkningarna av "Direktkravet mot underentreprenören" NJA 2007 s. 758.

⁹ Ibland beskrivs detta så att bestämmelsen tolkas e contrario. Men det synsättet låter sig försvaras endast om tolkningen rymms inom bestämmelsens ordalydelse (så till vida att det typfall som är i fråga kan – efter viss tolkning – sägas falla utanför ordalydelsen). En tillämpning som inte låter sig förenas med bestämmelsens ordalag kan inte grunda sig på en "teknisk" tolkningsoperation utan måste bygga på rättsbildning i form av ett normativt ställningstagande (med det inte sagt annat än att också en teknisk tolkningsoperation kan rymma normativa överväganden).

¹⁰ Utgångspunkten måste naturligtvis vara att en lagbestämmelse ska tillämpas enligt dess ordalydelse. Skälen för att frångå dessa i form av en genom praxis införd undantagsregel måste väga tungt. Se NJA 2017 s. 754 med hänv. i p. 20. Men som framgår av avgörandet är det inte otänkbart.

En annan situation är att det föreligger en lapsus från lagstiftaren. Också då kan ibland en intentionslojal korrigerig tänkas. En intentionslojal tolkning kan också vara motiverad i andra fall.¹¹

Men det kan vidare förhålla sig så att lagbestämmelsen står i strid mot överordnad lag eller att den inte har tillkommit i laga ordning. Här aktualiseras en högsta domstols andra uppgift. Domstolen ska vaka över lagstiftningens lagenlighet.¹² Det rör sig här inte om prejudikatbildning i sedvanlig mening. Det är således inte fråga om utövandet av någon normativ makt. Det handlar i stället om rättstillämpning enligt vedertagna rättstillämpningsmetoder med beaktade av förefintliga rättskällor. En annan sak är att rättskorrigeringen i regel inverkar på domstolarnas framtida dömmande.

En högsta domstol har alltså en andra uppgift, vid sidan av rättsbildning genom prejudikat, nämligen att vaka över lagstiftningens lagenlighet. Och där är gränsen som princip absolut, låt vara att den i det enskilda fallet kan vara svårbestämd. Domstolen ska här strikt begränsa sig till rättstillämpning och inte verka rättsskapande. Jag ska avslutningsvis något återkomma till denna, den andra uppgiften.

6. ÅTERHÅLLSAMHET SOM DYGD I PREJUDIKATBILDNINGEN

Av det sagda följer att när det gäller prejudikatbildning genom utövande av normativ makt så finns det visserligen så till vida en yttersta gräns för normgivningskompetensen, att domstolen inte får gå utanför klar lag som är förenlig med de överordnade normer som gäller för lagen (såsom grundlag och unionsrätten). Men när det finns klar och gällande lag, så saknas det behov av ett prejudikat. Med ut-

¹¹ Det gäller kanske särskilt i fråga om äldre lagbestämmelser vars syfte motiverar en anpassning till nutida förhållanden. I "DN:s databas" NJA 2013 s. 945 aktualiserades frågan om ansvarig utgivares ansvar för yttrandefrihetsbrott i databasen, när annan var ansvarig utgivare vid uppgifternas införande. Frågan aktualiserades på grund av den nya tekniken för tillhandhållande av information (elektronik i stället för papper). Se även not 6 ovan beträffande "Aftonbladets elektroniska fotografier".

¹² De båda högsta domstolarnas avgöranden rörande det svenska systemet med skattetillägg och skattebrott och dess förenlighet med principen *ne bis in idem* kan ses som ett exempel på detta. "Straffet för mord" NJA 2016 s. 3 är närmast att betrakta som en variant på temat. En lagändring som syftade till en straffskärpning fick här inte avsedd effekt, eftersom en sådan tillämpning inte skulle vara förenlig med den straffrättsliga legalitetsprincipen.

gångspunkten att det måste föreligga ett prejudikatbehov för att det ska bli aktuellt med ett prejudikat, så saknas det en egentlig gräns för domstolens normbildningskompetens. Det hela handlar i stället om lämplighetsöverbäganden. Om man så vill kan man dock naturligtvis se det på så sätt, att gränsen för normbildningskompetensen är relativt bestämd. Domstolen får inte överskrida den gräns, som för den fråga som domstolen har att avgöra följer av olika lämplighetskriterier.

Om nu utrymmet för prejudikatbildning är så vitt som jag påstår, ställer då inte det krav på en generell försiktighet? Inte sällan hör man att prejudikatbildning ska ske med återhållsamhet. Normgivning ska i allt väsentligt ske genom lag, inte genom prejudikat.

Något beroende på vad man menar med sådana uttalanden är de naturligtvis riktiga. Allting med måtta. Men i en konkret rättsfråga kan en tillbakalutad hållning vid prejudikatbildningen vara lika normativt ingripande som en framåtlutad.¹³ Och det bästa svaret på en prejudikatfråga kan mycket väl vara offensivt i den meningen att det är både nydanande och överraskande. Återhållsamhet i prejudikatbildningen bör därför inte ses som en dygd i sig. Men i det enskilda fallet kan likväl lämplighetsöverbäganden tala för att domstolen bör gå försiktigt fram. Och många gånger finns det goda skäl för en högsta domstol att vara varsam vid sin rättsbildning. Återhållsamhet på goda skäl är emellertid något annat än återhållsamhet som en föreställd dygd.¹⁴

¹³ Så exempelvis när det gäller principerna för vad som utgör jäv. Här har både Högsta förvaltningsdomstolen och Högsta domstolen tvingats ut på banan, se HFD 2011 ref. 15 (en från Skatteverkets rättsavdelning tjänstledig särskilt kvalificerad handläggare som adjungerade i kammarrätt ansågs vara jävig i skattemål) och NJA 2014 s. 482 (en tjänstledig åklagare som adjungerade i hovrätt ansågs vara jävig i brottmål). Avgörandena har ansetts vara långtgående (de har också kritiserats för att de motverkar adjunktion, en aspekt som enligt min mening är irrelevant i sammanhanget). Men som jag ser det skulle ett motsatt ställningstagande ha varit minst lika normativt ingripande, dvs. lika långtgående. Långtgående-argumentet ger helt enkelt ingen ledning vid det normativa ställningstagandet. Minns f.ö. den gamla sanningen att ett argument som fungerar till stöd för såväl en tes som dess antites saknar värde.

¹⁴ En omotiverad återhållsamhet i prejudikatbildningen kan enligt min mening i vissa fall vara att se som ett slags déni de justice. Det finns flera sådana fall i Högsta domstolens praxis (så exempelvis NJA 1999 s. 632 rörande rätt till ersättning för psykisk skada av den som har vållat närståendes död), dessbättre huvudsakligen äldre.

7. PREJUDIKATBILDNING OCH LÄMPLIGHETSÖVERVÄGANDEN

Att en högsta domstol har en betydande normbildningskompetens innebär givetvis inte att den regelmässigt bör utövas till dess yttersta gränser. Omfattningen av kompetensen säger inget om vad som kännetecknar god prejudikatbildning.

Rent allmänt och helt övergripande kan god prejudikatbildning beskrivas som adekvat rättslig vägledning i frågor där svar från allmän synpunkt är angelägna.

Våra högsta domstolars resurser är begränsade. Behovet av prejudikat tycks över tiden inte minska utan snarare öka. Det leder till att urvalet av mål som ska leda till ett prejudikat är en mycket viktig uppgift. Både när det gäller att välja rätt frågor och att släppa fram rätt mål för den rätta frågan. Behovet av ekonomisering bör också beaktas vid domskrivningen. Bredare skrivningar, t.ex. genom att den fråga som ska besvaras sätts i ett större sammanhang som ger anledning till en vidare belysning av rättsläget, kan ge ökad prejudikatnytta och bör därför i regel övervägas och möjligheten utnyttjas, om inte lämplighetsskäl talar för en mer försiktig rättsutveckling. Jag har redan varit inne på bl.a. betydelsen av att ett prejudikat är förenligt med rådande samhällliga värderingar och rättssystemet i övrigt. Det ska ge god ledning i en relevant fråga utan att stänga möjligheten till undantag och framtida rättsutveckling. Jag har också berört, och jag återkommer till, vikten av öppna och förklarande domskäl.

Men av lika stort intresse i detta sammanhang är vad en högsta domstol bör försöka undvika vid sin prejudikatbildning. I det hänseendet finns det framför allt två aspekter som bör beaktas.

En högsta domstol bör helst inte etablera ett rättsläge som lagstiftaren av praktiska eller politiska skäl har svårt att justera. Det finns bl.a. anledning att ha respekt för att den allmänna opinionen kan

bakbinda de folkvaldas händer på ett sätt som inte drabbar en högsta domstol. Och det kan vara svårt att återta en ”gåva till folket”.¹⁵

Vidare bör domstolen försöka undvika prejudikat som kan träffa redan vidtagna dispositioner och andra anpassningar till ett allmänt antaget rättsläge.¹⁶ Normgivning genom prejudikat lider av bristen att domstolen inte kan anvisa några övergångsregler. Genom fiktionen att en domstol endast finner vad som är rätt och alltså redan gäller – något som jag ska återkomma till – kan ett prejudikat verka retroaktivt på ett sätt som kan vara olyckligt.¹⁷ Det rör sig emellertid om önskvärda hänsynstaganden och inga gränser för normgivningskompetensen. Det går inte att helt undvika prejudikat som inte svarar mot dessa negativa lämplighetskriterier.

Men det finns även andra lämplighetsaspekter som kan tala för återhållsamhet i prejudikatbildningen. Det kanske viktigaste rör överblickbarheten. Vilka samhällsverkningar som skulle följa med ett prejudikat kan vara svårt för en högsta domstol att bedöma. Inte heller det problemet bör hindra en rättsutveckling genom prejudikat, men det kan ofta vara en god strategi att gå fram med små steg.

8. BETYDELSEN AV DOMSKÄL

Att rätten är heltäckande har jag redan varit inne på. Varje rättslig fråga som en domstol ställs inför ska besvaras. Möjligen som ett utflöde av det brukar man också uttrycka det så, att domstolen

¹⁵ Det har i något sammanhang antytts att ordningen att ideell ersättning kan utgå såsom påföljd för kränkning av en grundläggande rättighet (ett exempel är ”Blake Pettersson” NJA 2014 s. 323) skulle vara av sådant slag att det kunde förväntas finnas ett folkligt motstånd mot en ”återställare” i form av lag. Det tror jag inte. Det folkliga intresset för frågor av detta slag är nog tämligen begränsat. Om lagstiftaren skulle överväga en ”återställare” ligger enligt min mening svårigheten på en annan kant, nämligen att en sådan ur ett konstitutionellt perspektiv knappast kan försvaras på ett intellektuellt hederligt sätt.

¹⁶ En förhärskande och i handlande styrande uppfattning bör inte sällan ha en normativ effekt i sig. Två exempel på det är ”Rotpostköpet” NJA 1979 s. 451 och ”Brutto-netto” NJA 1995 s. 742.

¹⁷ Ett prejudikat som förändrar rättsläget kan således innebära att lika fall inte blir bedömda lika. Ett exempel på det är den förändrade synen på straffmätning för narkotikabrott som följde med ”Mefedrondomen” NJA 2012 s. 357. Den som hade dömts före ”Mefedrondomen” kunde ha fått ett fängelsestraff som var flera år längre än den som för ett motsvarande brott hade dömts därefter. – Fråga om ett prejudikats retroaktiva verkningar är nu ett kapitel för sig. Se vidare not 19 om det.

finner vad som är rätt. Domstolen utövar inget rättsskapande utan ägnar sig åt ett rättssökande som resulterar i ett rättsfinnande.

Synsättet är inte utan skäl. Den dömande verksamheten i första och andra instans utgörs i stor utsträckning av ren subsumtions-tillämpning; den egentliga domaruppgiften blir begränsad till att värdera bevisningen. När det då mer eller mindre undantagsvis blir aktuellt för domstolen att ta ställning i en oklar rättsfråga kan det finnas psykologiska skäl för att maskera det tillämpningsutrymme som varje domstol i det enskilda fallet kan ha. En drabbad part kan ha svårt att förlika sig med att målet gick henne eller honom emot därför att domarna ”hittade på” en rättsregel som var till hans eller hennes nackdel.

Men när det gäller den högsta instansen och dess uppgift att tillhandahålla prejudikat bör transparens och intellektuell hederlighet leda till att domstolen inte döljer vad den gör. Rättsskapandet bör i domskälen inte beskrivas som ett rättsfinnande. Prejudikatbildning är inget annat än normering.¹⁸ Och som redan har nämnts innebär normering ett maktutövande, som bör granskas. En sådan granskning bör domstolen underlätta. Den bör därför öppet redogöra för sin syn på vilka möjligheter som det normativa utrymmet ger. Argument och motargument som övervägs för olika möjliga lösningar (regler) bör redovisas i samma mån och på det sätt som de inverkar (eller inte inverkar) på domstolens bedömningar.¹⁹

Domsmotiveringar som tydliggör att det rör sig om normativa ställningstaganden kan naturligtvis inbjuda till kritik. Men det måste domstolen leva med. Och som jag nu har upprepat i olika sammanhang: Så länge kritik är konstruktiv är den bara av godo.

¹⁸ Jfr not 4 ovan.

¹⁹ Hur man ser på en högsta domstols dömande – som ett rättsfinnande eller som ett rättsskapande – har också betydelse för hur man systematiskt bör se på ett prejudikats retroaktiva verkningar. Om utgångspunkten är att domstolen ”finner” vad som är rätt i mening av ett konstaterande av ett befintligt rättsläge, så är det ofrånkomligt att prejudikatet träffar också äldre händelser. Men om utgångspunkten är att det rör sig om av domstolen skapad rätt, så måste en mer nyanserad bedömning göras. Det finns inte utrymme för att här närmare gå in på vad detta skulle innebära. Det räcker med att peka på att de skäl som anges för domstolens slutsats kan vara av betydelse. Ett exempel: Om en lag på ett närliggande rättsområde tillmäts avgörande betydelse, bör den rättslägesförändring som prejudikatet ger uttryck för inte ha inträffat före lagens tillkomst.

9. SKILJAKTIGA UPPFATTNINGAR I EN HÖGSTA DOMSTOL

Värdet av att ledamöterna i en högsta domstol på skilda sätt är olika har redan framhållits. Det gäller inte bara bakgrund, erfarenheter och specialinriktningar. Det gäller också temperament och kynne. Jag brukar säga, att i varje dömande sits bör det finnas en dragare och en bromsare. Men olikheter i sätt och uppfattningar bjuder också på vissa svårigheter.

Åtminstone förr talades det om att när ledamöter i Högsta domstolen hade olika uppfattningar kunde de kompromissa i form av en ”hatt”. Några egentliga ”hattar” förekommer enligt min erfarenhet inte idag. Men det kan väl hända att skilda åsikter leder till att ett prejudikat begränsas i omfattningshänseende utan att dess inriktning förändras. Ingen kompromiss om den rättssats som avgör målet, men som prejudikat blir steget kortare eller tillämpningsomfattningen mindre eller kanske bådadera. Den vidare rättsutvecklingen får stå an till framtiden.

Det är i allmänhet ingen större skada förenat med att ett prejudikat på grund av ledamöternas olika uppfattningar snävas in (så länge det inte hindrar fortsatt utveckling). Men om olika uppfattningar leder till att domskälen begränsas därför att ledamöterna har tagit olika resonemangsvägar för att nå samma mål är det enligt min mening allvarligare. Det kan minska prejudikatvärdet, och framför allt försvårar det granskningen av hur domsmakten utövas. Och kompromisser i form av begränsade domskäl förekommer dessvärre nog då och då.

Det sist sagda leder mig till att framhålla att bland den enskilde ledamotens uppgifter i en högsta domstol ingår inte bara att grundligt i varje fall överväga vad som enligt hans eller hennes uppfattning bör vara svaret på den ställda prejudikatfrågan. Ledamoten bör också stå för och redovisa hur han eller hon kom fram till sitt svar. Skiljaktiga motiveringar är lika angelägna och påbjudna som skiljaktiga meningar. Dock naturligtvis under förutsättning att det rör sig om mer principiella skillnader i synsätt. Det är inget fel i ett en

ledamot underlåter att redovisa mindre skillnader i en uppfattning, så länge det inte begränsar domskälens utförlighet.

I anslutning till detta vill jag också framhålla min mening, att hänsynen till kollegorna bör ha vissa begränsningar. I Högsta domstolen har det sedan länge ansetts att i en skiljaktighet – eller i ett tillägg – bör argumenteringen inte innefatta kritik av majoritetsuppfattningen. Men ytterst innebär detta en åsiktsensur som enligt min mening inte är försvarbar.²⁰ En annan sak är att sådan kritik naturligtvis ska främja utvecklingen av det egna resonemanget och uttryckas med respekt för att man kan ha olika uppfattningar.

10. DEMOKRATI OCH DOMSTOLSSKAPAD RÄTT

Det sägs ibland att domarskapad rätt kan innebära ett slags demokratiunderskott. Den lagstiftande församlingen väljs, och ansvar kan utkrävas i politisk ordning. En domare är i princip oavsättlig, och ansvar kan inte utkrävas på annat sätt än genom kritik.

Visserligen förhåller det sig i ansvarshänseende på det angivna sättet. Och naturligtvis är det riktigt att domstolsmakt kan något stuka folksuveräniteten. Den rätt som en högsta domstol skapar kan vara en annan än den som de folkvalda skulle ha bestämt. Och domstolen kan komma att slå fast att en lag ska tillämpas på ett sätt som skiljer sig från vad lagstiftaren har gett uttryck för. Men likväl är det enligt min mening både fel och farligt att sprida föreställningen om domarskapad rätt som ett demokratiproblem.

När vi idag talar om demokrati menar vi nog i allmänhet mycket mer än folksuveränitet. Redan genom att peka på de fri- och rättigheter som de flesta av oss anser vara oförytterliga står detta klart. Folkets vilja är inte allena saliggörande. Vad som kännetecknar en rättsstat är bl.a. mekanismer för att bjuda opportunisterna av olika slag åtminstone ett visst motstånd, alldeles oavsett hur utbredd den är.

²⁰ Det gäller fastän man på olika sätt kan kringgå "kritikförbudet". I "Untorparn" NJA 2008 s. 376 hade riksåklagaren framgång med sin talan. I min skiljaktighet riktade jag mig mot hans av majoriteten godtagna argument. Men man kan undra varför detta skulle vara en bättre ordning än att argumentera mot majoritetens skrivningar.

Enligt min mening är domarmakt utövad av oberoende domstolar en del av det goda demokratiska samhällsskicket. Förhållandet mellan den lagstiftande församlingen och landets högsta domstol (eller domstolar) handlar om balans och ett visst mått av ömsesidig kontroll.

När det gäller en högsta domstols huvuduppgift – prejudikatbildning genom utövande av normativ makt – kan lagstiftaren gripa in med lagstiftning. Det har hänt några gånger på senare tid, och det är så det ska vara.²¹ Visserligen kan lagstiftningsinstrument ibland vara trubbigt eller av andra skäl svåränvändbart. Men det finns där.

Och när det gäller en högsta domstols andra uppgift – att vaka över lagstiftningens lagenlighet – så förhåller det förvisso så att det är den folkvalda församlingen som lagstiftar, men även lagstiftaren lyder under lagen. I den goda demokratin ska det beträffande lagstiftningens lagenlighet finnas balanserande och kontrollerande krafter. En högsta domstols kontroll av den lagstiftande församlingen handlar främst om att den lag vars tillämpning är i fråga ska vara förenlig med grundlag, unionsrätten och Europakonventionen.

Jag skrev att det enligt min mening inte bara är fel utan också farligt att sprida föreställningen om domarskapad rätt som ett demokratiproblem. Det har bl.a. att göra med vad som på senare tid har hänt i vår omvärld.

Mer eller mindre auktoritära men folkvalda regimer har tillkommit. Gemensamt för dem är ett tveksamt förhållningssätt till den delen av den goda demokratin som vilar på rättsstatliga värderingar. Det innefattar särskilt grundläggande fri- och rättigheter. På olika sätt har regimerna försökt begränsa särskilt de högsta domstolarnas oberoende, för att därmed kväsa deras möjlighet att kontrollera och balansera den politiska makten i syfte att den makten ska utövas lagenligt. Avsikten är uppenbarligen att vidga det politiska manövreringsutrymmet i enlighet med de vindar som för tillfället blåser.

²¹ Från Högsta förvaltningsdomstolens praxis märks HFD 2016 ref. 71, där en kamera monterad på en drönare ansågs utgöra en sådan övervakningskamera som kräver tillstånd enligt kameraövervakningslagen. Avgörandet föranledde att regeringen tillsatte en utredning om en ny kamerabevakningslag (se SOU 2017:55). När det gäller Högsta domstolens avgöranden har lagstiftaren initierat korrigering genom ny lag beträffande straffen för narkotikabrott och för mord (beträffande det senare, se not 23 nedan).

Som väl är har vi i de nordiska länderna en annan situation. Men det är just i ett sådant hälsosamt läge som vi ska förbereda oss för svårare tider. Det finns alltså anledning att nu överväga hur domstolarnas oberoende ska kunna stärkas.²² En god hantering av denna viktiga fråga främjas inte av ogrundade påståenden om att domarskapad rätt kan vara ett demokratiproblem. Från den synpunkten kan man också sätta i fråga det lämpliga i att, som har förekommit, tala om en maktkamp mellan Högsta domstolen och riksdagen, när domstolen utövade sin konstitutionella uppgift genom att på visst sätt underkänna en lagändring.²³

11. AVSLUTNING

Ja, Mats. Nu är det slut. För oss båda två.

Min förhållandevis korta ordförandetid har gett mig mycket positivt, och något av det mest positiva har varit kontakterna och samarbetet mellan oss och våra domstolar. Likheter mellan de två högsta domstolarna är så många fler och så mycket mer djupgående än sådant som skiljer. Det har vi kunnat konstatera vid våra många sammanträffanden, och det har vi i olika hänseenden tagit fasta på. Med de former för samtal över domstolsgränserna som har förstärkts och vidareutvecklats under vår gemensamma ordförandetid känns det som vi lämnar efter oss en färdriktning. De högsta domstolarna närmar sig varandra. Med små steg och över tid. Det är viktigt. Domstolarnas egentliga uppgifter – prejudikatbildning och vakthållande över lagstiftningens lagenlighet – är desamma, och det är min bestämda uppfattning att ju tätare domstolarna arbetar, desto bättre kommer dessa uppgifter att fullgöras och desto starkare står rättsstaten.

Sammanslagning? Den som lever får se. Kanske är en sammanslagning inte det mål som ska ställas upp i första hand. Sedan ett justi-

²² I en artikel signerad av Mats och mig (SvJT 2017 s. 345 ff.) har detta utvecklats närmare.

²³ "Straffet för mord" NJA 2016 s. 3 och lagstiftarens reaktion på det avgörandet har således i det rättspolitiska samtalet föranlett uttalanden av det slaget. Men enligt min mening handlar det verkligen inte om någon maktkamp. Vad det rör sig om är ett typexempel på att en högsta domstol utövar sin andra och konstitutionella uppgift; att pröva en lagstiftnings lagenlighet (jfr vid och med not 21 ovan). Att underkännandet ledde till ett nytt lagstiftningsärende framstår som tämligen naturligt; eljest hade ju inte lagstiftaren menat allvar med den underkända lagstiftningen.

tieråd nu kan tjänstgöra också i systerdomstolen bör nog det första steget vara att öppna för en möjlighet till gemensam storkammare på det sätt som har diskuterats under senare tid. Och sedan undrar jag om inte en gemensam domstolsbyggnad kanske är viktigare än en sammanslagning. Bortsett från alla praktiska fördelar – såsom gemensamma funktioner i fråga om administration, bibliotek m.m. – så är jag övertygad om att med rumslig och daglig närhet mellan justitieråden och justitiesekreterarna kommer mycket av det som är positivt med att ha en enda högsta domstol att uppnås. Sedan får utvecklingen bli som den blir. Verkligheten sparkar, som det har sagts.

Slut ja. Men det är bara slut för oss som ordförande i respektive högsta domstol. Mats kommer säkert att i både nationella och internationella sammanhang finna former för sitt samhällsengagemang. Och måhända kan vi på något sätt gemensamt bidra till ett fortsatt närmande av de domstolar som vi nu lämnar. Det har varit utomordentligt trevligt och i lika hög grad berikande att samarbeta med Mats, och en fortsättning – då säkerligen någon i lika trevlig men helt visst ganska anspråkslös ordning – skulle jag inte säga nej till. Kanske med inriktning på att övertyga politikerna att anslå medel till en gemensam byggnad för Sveriges högsta domstolar ...