

STEFAN LINDSKOG

Om att sätta sig till doms över andra – och sig själv

VÄNBOK TILL FREDRIK WERSÄLL

1. INLEDNING

Inte sällan finns det i rättskällorna stöd för att en domare inom mer eller mindre bestämda ramar kan avgöra en viss kvantitetsfråga – såsom storleken av ett belopp eller av ett värde – efter skönsmässiga överväganden. Det kan vara en anledning till att det ibland sägs att dömandet är en konst. Men vissa ser det nog snarare som en färdighet med ingredienser av både intuition och erfarenhet. Det finns säkerligen också en och annan domare som önskar sig en hjälpande hand i form av något slags tabellverk.

Utrymmet för vad som emellanåt kallas domarskön – eller domarlatitud eller diskretionärt bedömningsutrymme (att det enligt min mening inte finns utrymme för helt fritt skön oavsett vad det kallas återkommer jag till) – förekommer nu inte bara när det gäller kvantitetsfrågor som en ideell skadas storlek eller ett brotts straffvärde. En domare har många gånger att avgöra binära frågor såsom vad som är rätt eller fel efter en mer eller mindre oklar gräns. Det är en svår och grannlaga uppgift.

Fredrik Wersäll tillträdde som president i Svea hovrätt ungefär samtidigt som jag lämnade advokatyrket och tog säte i Högsta domstolen. Våra vägar har under de år som gått sedan dess korsats i skilda sammanhang och på olika sätt. Båda har vi intresserat oss för bl.a. Högsta domstolens prejudikatbildning och domstolarnas konstitutionella ställning. Men jag undrar om inte själva domarrollen och dess utövande ligger Fredrik särskilt nära om hjärtat. Det är ett maktpåliggande ansvar att sätta sig till doms över andra, och desto mer så ju större utrymmet för domarskön är (eller i allt fall kan framstå att vara). I såväl artiklar som debatter har Fredrik framhållit

att domare har makt och understrukit att den makten ska utövas under stort ansvarstagande.

För egen del hade jag under många år som processande advokat ofta anledning att fundera över vad som i det enskilda målet kunde påverka domarna. Då gällde det att bedöma andra. De som skulle avgöra om min klient fick framgång i processen eller inte. Som domare i Högsta domstolen har jag fortsatt att fundera. Visserligen gäller det nu mer allmänt, men också – och kanske främst – mig själv. Jag har inte nått längre än att det många gånger kan vara svårt att säga vad man påverkas av. Det har föranlett mig att i något sammanhang uttala, att när det gäller utövande av makt litar jag inte på någon, inte ens på mig själv. Dömandet innebär ett maktutövande. Och när man dömer andra, så dömer man också över sig själv. På det ena eller andra sättet. Det behöver inte vara på gott.

När nu Fredrik i samband med att han lämnar presidentskapet ska hyllas vill jag särskilt framhålla hans på skilda sätt visade engagemang i rättsstatliga frågor, inte minst hans insatser som debattör och initiativtagare till olika seminarier med inriktning på domstolar och domare. Mot den bakgrunden har det tyckts mig vara lämpligt att i mitt bidrag till denna vänbok något diskutera hur domarlatituder skulle kunna reduceras och risken för att ovidkommande faktorer påverkar en domares ställningstagande möjligen skulle kunna minskas. Men också vissa närliggande frågor kommer att beröras.

2. DOMSKÄL, SKÖN OCH SKÄLIGHET

En enligt min mening given utgångspunkt i fråga om domskäl skulle kunna uttryckas som principen om efterkontrollbarhet. Det ska av domskälen gå att förstå hur domaren har kommit fram till den punkt på en skala eller längs en linje där han eller hon sätter ned foten, eller varför foten sätts ned på endera sidan av en gränslinje. Den som berörs av domen har rätt att kräva det. Ett upprätthållande av principen att likartade fall ska bedömas likartat förutsätter det. Och rättsordningens legitimitet fordrar det.

Förståelse av en domares resonemang i en fråga som rymmer en inte oväsentlig ”domarlatitud” förutsätter insikt om hans eller hennes problem. Detta bör därför inte döljas. Ändpunkterna på skalan respektive gråzonen mellan alternativen bör följaktligen beskrivas eller åtminstone antydast i sådan utsträckning att förekomsten av en ”domarlatitud” framgår (i NJA 2009 s. 738 ansåg Högsta domstolen att ett av tingsrätten utdömt rättegångskostnadsbelopp inte låg inom ramen för vad som var skäligt, vilket ledde till en ändringsdispens i hovrätten).

Jag satte nyss ordet domarlatitud inom citattecken. Det har att göra med att när det talas om att en viss fråga får avgöras diskretionärt eller efter skönsmissiga bedömningar, så bör det inte förstås på det sättet att domaren genom att bara ”finna” en punkt på skalan eller en gränslinje i gråzonen kan fritt tycka till. I ”Den långsamma tingsrätten” NJA 2012 s. 211 I p. 23 framhåller Högsta domstolen beträffande viss ideell skada att denna ska bestämmas normstyrt genom ”att grundas på vissa relevanta omständigheter för vilka en redogörelse ska ges i domen”. Synsättet återkommer i ”Kezban” NJA 2013 s. 842 p. 35 (jfr p. 62), där det understryks att domstolen ska redovisa sina överväganden. Att också skälighetsbedömningar ska göras normstyrt framhålls även i ”Radonhuset” NJA 2016 s. 303 p. 26. Parterna i ett dispositivt mål kan visserligen – även underförstått – ge domstolen ett något friare mandat, se ”Byggnadsställningarna” NJA 2011 s. 576, men det hindrar inte att domstolen har att redovisa hur detta mandat har utövats.

I och med att det rör sig om en ”latitud” ligger dock att de bestämmande kriterierna inte ger någon exakt ledning (jfr NJA 2015 s. 656 p. 10 beträffande rättegångskostnad). Ett kriterium pekar bara i en viss riktning, som inte behöver sammanfalla med vad andra kriterier indikerar. Lika förfelat som att bara ”finna” sig fram är det därför att låta det framstå som att en helhetsbedömning av de relevanta kriterierna resulterar i en linjal med vilken man kan mäta på en skala eller dra en rak linje genom en gråzon. Att det i allmänhet finns en bestående osäkerhet kan ofta och bör då redovisas på olika sätt. I kvantitetsprospåmål är många gånger avrundning ett möjligt grepp

(märk straffmätningstationerna inom påföljds läran och i anslutning till det ”Den sendömda spritsmugglingen” NJA 2012 s. 1038 I p. 37; i ”Blake Pettersson” NJA 2014 s. 323 bestämdes det ideella skadeståndet till det jämna beloppet 100 000 kronor, men det indikerar möjligen att Högsta domstolen inte avsåg att ge någon närmare ledning beträffande beräkningsprinciperna). När det gäller ideell skada ligger häradsbestämningar genom schabloniseringar nära till hands, särskilt i fråga om lindrigare skador (se bl.a. ”Personuppgifterna på Krafmans webbplats” NJA 2013 s. 1046 p. 3). En argumenterande text sparkar. Ju mer tydlig författaren försöker vara, desto mer tvingar texten till eftertanke. Genomtänkta och redovisande domskäl ökar dessutom efterkontrollbarheten. Man kan kanske uttrycka det så, att domaren genom att utöva en öppet redovisad rättstillämpning sätter sig mindre till doms över parterna och mer över sig själv och sina egna resonemang. Eller i allt fall lämnar han eller hon ut sig för andras dom. En ärlig redogörelse för de bestämmande tankegångarna gör det lättare att invända mot det slutliga ställningstagandet. Men det inbjuder ofta också till framåtblickande överväganden. Det är av särskild betydelse på prejudikatnivå. Konstruktivt syftande kritik av ett prejudikat bör ses som ett inlägg i ett gott och viktigt samhälleligt samtal.

Inom ramarna för den ”domarlatitud” som kan finnas så får redovisade överväganden normativa effekter. När en omständighet av visst slag tillmäts betydelse för domarens ställningstagande innebär det att omständigheten tillskrivs ett normativt – eller styrande – värde, som får relevans inte bara i det enskilda fallet utan också kan och i regel bör vara vägledande för framtiden. Tydliggörandet av olika omständigheters betydelse möjliggör koherens i rättstillämpningen. Om den möjligheten tas till vara leder det till att spannet respektive gråzonstyrkan i fråga om sådana bedömningar, som sägs skola ske efter skälighet eller skön, minskar – om än inte elimineras – över tid. Att lyfta fram relevanta kriterier för bedömningar av det ifrågasatta slaget och så långt som det är möjligt ange deras inbördes viktförhållanden är därför särskilt viktigt för en prejudikatdomstol.

3. FÖRDOMAR OCH ANDRA ATTITYDPROBLEM

Som advokat upplevde jag inte sällan att en domare ”värderade” rättegångens aktörer på skilda sätt. En part kunde uppfattas som mindre hedervärd. Eller ett ombud som överlägset och arrogant alternativt dåligt påläst och okunnigt. Det behöver nu inte betyda att det rörde sig om en ”illasinnad” domare. I fördomens natur ligger att den är omedveten på så sätt att den som är belastad själv inte anser att det är någon belastning. Och de flesta domare lyckas nog stå över personligt gillande eller ogillande.

Men om man nu inte bör lita ens på sig själv, så kan man aldrig vara helt säker på att inte påverkas av någon inre känsla i förhållande till dem som uppträder i rättssalen. Ju större ”domarlatitud”, desto större risk. Här möter också faran att en drabbad part eller dennes ombud kan uppleva att ett negativt domsresultat åtminstone till dels hänger samman med bristande kemi i förhållande till domaren.

Också när det gäller risken för att ovidkommande förhållanden av detta slag färgar av sig på bedömandet fyller resonerande domskäl en viktig kontrollfunktion. Men en god domare bör också på olika sätt försöka testa sin opartiskhet.

Av intresse är här tre dokument med titlarna ”God domarsed – grundsatser och frågor”, ”God domarsed – om etik och ansvarstagande” och ”God domarsed – om tjänsteansvar och tillsyn”. Dokumenten har utarbetats av Fredriks företrädare Johan Hirschfeldt i samarbete med en av Sveriges Domareförbund sammansatt arbetsgrupp (där jag själv ingick). Utifrån fyra grundsatser – oavhängighet, opartiskhet och likabehandling, gott uppträdande och bemötande samt god kompetens och effektivitet – listas ett antal frågor som en domare kan bära ställa sig inför beslutsfattande av olika slag. När det gäller den sidan av domaretiken som berörs här vill jag särskilt framhålla följande frågor (återgivna i det första dokumentet avsnitt 3.2.7):

- Påverkas mina ställningstaganden om partsställningen skulle vara annorlunda?
- Påverkas mina ställningstaganden om parterna hade representerats av andra ombud?

- Påverkas mina ställningstaganden om någon part hade haft en annan social eller kulturell bakgrund?

Jag är helt övertygad om att Fredrik håller med mig när jag påstår att ingen är en så erfaren och fullfjädrad domare att han eller hon aldrig har anledning att söka ledning i dokumenten om god domarsed. Genom att inte göra det dömer domaren i det tysta också sig själv, säkerligen mycket välvilligare än den som är berörd skulle ha gjort. Den domare som tror på sin egen ofelbarhet har anledning att noggrant betrakta sig i spegeln.

4. LITE ALLMÄNT OM (O) AKTSAMHETSBEDÖMNINGAR

Att i efterhand avgöra vilket handlande som i en viss situation var ”rätt” (eller ”fel”) i mening av aktsamt eller oaktsamt kan vara svårt. Det gäller särskilt i omdömesfrågor. När en domare ställs inför uppgiften att värdera någons misslyckande handlar det verkligen om att sätta sig till doms över annan. Vad som sägs ur ett backspegelperspektiv kritiseras ofta och inte sällan med fog för att brista i verklighetsförankring eller innefatta baklängesslutsatser. Det gäller t.ex. domstolars bedömningar rörande skadeståndsrättsligt oaktsamhetsansvar. Vetskapen om den inträffade skadan färgar bedömningen av om deliktet ska klassificeras som oaktsamt.

Aktsamhet – eller oaktsamhet som dess motsida – kan få betydelse i skilda sammanhang. Inte sällan är bedömningen knuten till en viss beslutssituation. Man kan tycka att ju mer komplex denna är, desto större bör toleransutrymmet vara för att beslutet med hänsyn till vad som avses uppnått med detta visar sig vara mindre lyckat. I ”Vildparken” NJA 2001 s. 99, som gällde frågan om en konkursförvaltares skadeståndsansvar, uttalade Högsta domstolen också att om förvaltaren blir tvungen att under svårbedömda förhållanden träffa affärsmässiga avgöranden måste han ha ett beaktansvärt handlingsutrymme och kan inte bli ersättningskyldig så snart ett beslut visar sig vara ofördelaktigt för konkursboet eller någon borgenär.

Att möta problemet med att aktsamhetsvärdera svåra ställningstaganden som har lett till negativa konsekvenser med stort toleransutrymme har dock sina sidor. Det intresse som avses skyddat genom aktsamhetskravet kan komma att åsidosättas i alltför hög grad. Och en sänkt aktsamhetsribba skapar lätt en sådan gråzon som kan ge intryck av en inte obetydlig domarlatitud.

I många fall kan det vara ett bra sätt att hantera problemet med culpabedömningen på så vis, att i stället för att fokusera på beslutet eller handlandet som sådant inrikta prövningen på de överväganden som låg till grund för detta. Man kan tala om en metodprövning. Ett uttryck för det synsättet finns i "Östen Undéns kända arbete" NJA 1957 s. 621, där en praktiserande jurist ansågs ha varit oaktsam genom att i en viss svårbedömd rättslig fråga inte konsultera relevant rättslitteratur. I "Kone" NJA 1987 s. 692, som rörde en felaktig fastighetsvärdering, gjordes en distinktion mellan uppskattningsfel och kontrollfel, vilket pekar i samma riktning. I det redan nämnda "Vildparken" ansågs att ett underlåtet samråd konstituerade en oaktsamhet.

I "Landskronabranden" NJA 2013 s. 145 p. 55–57 utvecklade Högsta domstolen hur en skadeståndsrättslig oaktsamhetsbedömning i vissa fall skulle kunna utföras genom en metodprövning. Domstolen uttalade att om ett beslut har fattats efter en för beslutsituationen god metodologisk ordning, bör dess innehåll i regel anses vara godtagbart. Vad som är en god metodologisk ordning beror då på beslutssituationen. Av betydelse blir bl.a. vem som är beslutsfattare, vad beslutet angår och hur snabbt det måste fattas. I vissa fall bör den utvärdering av situationen som ska ligga till grund för beslutet vara skriftlig, bl.a. därför att det såväl tvingar fram grundligare överväganden som möjliggör en efterkontroll.

Ett av de viktigaste skälen för att en aktsamhetsvärdering, där så är lämpligt, bör utföras genom en metodprövning – vilket sett från aktörens sida innebär ett metodansvar för denne – är att den bästa bedömningssituationen är den som aktören befinner sig i vid den kritiska tidpunkten. Om han eller hon då har det kunnande och den erfarenhet som normalt sett krävs för ett sådant beslut eller

ett sådant handlande som det rör sig om, kan ingen ha varit bättre skickad att göra det ifrågavarande ställningstagandet. En domare kan i regel inte genom att kvalificera själva ställningstagandet som oaktsamt kritisera detta utan att sätta sig själv på höga och möjligen för höga hästar. Vad som i allmänhet kan och bör provas är inte beslutet eller handlandet som sådant utan de överväganden som ligger bakom detta. Det rör sig om att värdera den ”metod” som har resulterat i beslutet eller handlandet.

Ett annat skäl för att utföra en aktsamhetsvärdering i form av en metodprovning är att det då blir naturligt att utgå från vad som är god metod – dvs. vad som är normativt rätt – och därefter värdera (culpabedöma) avvikelser från denna. Vid ett ställningstagande som direkt värderar om det skadegörande beslutet eller handlandet är oaktsamt kan frågan om vad skadegöraren hade kunnat göra, och då borde ha gjort, lätt komma i skymundan. Det kan leda till att ett förbiseende av det självklara förhållandet, att det måste finnas något som är rätt för att det ska finnas något som är fel. Metodprovning har i varianter skett i flera andra avgöranden än ”Landskronabranden”. Så dessförinnan i ”Trollhatten” NJA 2012 s. 858, som gällde en aktsamhetsprovning enligt de aktiebolagsrättsliga kapitalbristreglerna. Högsta domstolen uttalade (p. 22) att så länge en styrelseledamot för vilken medansvar görs gällande har uppfyllt rimliga krav när det gäller att hålla sig informerad och att göra en seriös utvärdering av bolagets ekonomiska situation finns det sällan anledning att sätta i fråga de ställningstaganden som han eller hon kom fram till (jfr den angloamerikanska doktrinen Business Judgement Rule). Variationer på samma tema återkommer i ”Kezban” NJA 2013 s. 842 p. 32–39 (som gällde skadeståndsansvar vid myndighetsutövning; mer om detta avgörande i det följande), ”RMW Transport” NJA 2014 s. 798 p. 9 (som gällde arvodesprovning), ”De enstegstättade fasaderna II” NJA 2015 s. 1040 p. 25 och 26 (vårdslöshet som genombrottsförutsättning när reklamation inte hade skett rätttidigt), ”Systembolaget” NJA 2015 s. 438 p. 16 (som gällde frågan om skiljenämnd hade dömt enligt lag) och ”Polishunden”

NJA 2017 s. 491 p. 24 (som gällde aktsamhetsbedömning vid användande av polishund).

Det kan finnas anledning att tillägga, att metodprövningen sådan den har utförts i rättsfallen knappast innebär något nytt i fråga om materiell rätt. Det handlar snarare om att utveckla verktygen för att utföra ett visst slags bedömning. Vidare finns det skäl att påpeka att ett första led i metodprövningen i vissa fall kan utgöras av en självprövning. En styrelseledamot har t.ex. anledning att fråga sig: Har jag det kunnande och de erfarenheter som behövs för att på ett adekvat sätt utföra mitt uppdrag som ledamot av styrelsen?

5. NÅGOT OM FEL OCH FÖRSUMMELSE VID DOMSTOLS RÄTTSTILLÄMPNING

Aktsamhetsbedömningar kan aktualiseras också när det gäller en domares dömande. Staten kan således bli skadeståndsansvarig om ett avgörande inte håller en viss lägsta nivå. Kriteriet är enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen att det ska vara fråga om fel eller försummelse. Men bedömningen ska göras objektiverat och anonymiserat (se t.ex. ”Kezban” p. 32).

När det rör sig om rättstillämpning har det i både judikaturen och rättslitteraturen många gånger sagts att denna ska vara uppenbart oriktigt för att den ska resultera i skadeståndsansvar (se bl.a. NJA 1994 s. 654). Vad som närmare bestämt menas med det kan bli föremål för diskussion. Ordalagen kan ge intryck av att det är avvikelserna – hur mycket den gjorda bedömningen har fjärmat sig från den ”rätta” – som är bestämmande. Men av ”Kezban” följer att det ska göras en metodprövning och då på grundval av hur avgörandet har motiverats. Detta utvecklas sedan i ett tillägg av referenten med anslutning av övriga ledamöter, där det också understryks att fråga är om en tillämpning av culpanormen. Synsättet har kritiserats men bekräftats av Högsta domstolen i ”Försäkringskassans serviceskyldighet” NJA 2013 s. 210 p. 16.

Att prövningen av om en domstol har gjort ett rättstillämpningsfel ska grundas på de redovisade skälen för avgörandet – och alltså

inte utgå från resultatet utan ta fasta på rättstillämpningsmetoden – har enligt min mening mycket goda skäl för sig. För det första är det svårt att se att det skulle finnas anledning till en mer tillåtande culpanorm för det allmänna än för enskilda. För det andra utgörs själva essensen i domstolens rättstillämpning av god metodologi i mening av att den ska vara såväl förenlig med vad som är vedertaget som logisk och koherent. Och för det tredje – domstolens skyldighet att förklara sina ställningstaganden genom att ange skäl är inte bara lagstadgad utan en rättsstatlig nödvändighet.

”Kezban” har visst intresse för prejudikatläran. Sammantaget med vissa äldre avgöranden ger fallet stöd för att ett prejudikat ska följas av domstolarna, om inte domstolen i det enskilda fallet utvecklar ett adekvat resonemang för motsatsen. Man kan kanske tala om en relativ prejudikatbundenhet.

6. FAKTUM OCH NORM

Ett faktum är föremål för bevisning, normen anger konsekvensen av det faktum som har bevisats. Det låter förledande enkelt. Men inte sällan ser man normativa ställningstaganden förklädda till bevisfrågor. Det etablerade språkbruket bidrar till detta. Vi talar t.ex. i allmänhet om bevisskyldighet i förhållande till rättsliga begrepp såsom (o)aktsamhet eller insolvens, även när det rör sig om rättsliga slutsatser baserade på vad som har bevisats. Men slutsatserna förutsätter normativa ställningstaganden. Diskussionen kring uppsåtets nedre gräns – det s.k. likgiltighetsuppsåtet (som Fredrik har varit med om att introducera, se ”Hiv-fallet” NJA 2004 s. 176) – illustrerar detta. En domares ofullständigt redovisade språng från faktum till slutsats är i regel ganska oskyldigt. Den mellanliggande normen framstår som självklar. Att den bevisskyldige parten i domskälen sägs ha bevisat eller inte bevisat slutsatsen – i stället för de fakta som enligt normen leder till slutsatsen – varken maskerar eller försvårar då förståelsen av domarens resonemang. Men så är inte alltid fallet. Språnget kan i vissa fall dölja ett tyckande som liknar det fallet att domaren ”finner skäligt” att sätta ned foten någonstans i en gråzon.

När det oredovisade språnget från faktum till slutsats inte är självklart, så beror nog en oförklarad övergång oftast på att domaren själv inte ser att han eller hon har låtit sin bevisvärdering få normativ verkan. Det rör sig ytterst om en problemformuleringsfråga, och här som annars är många gånger det verkliga problemet med problemet svårigheten att sätta fingret på det. Att formulera de frågor som ska besvaras är grundläggande för all god juridisk analys, men det är inte alltid så lätt. Vi misslyckas alla i det hänseendet då och då. Men vi måste försöka; den domare som förenklar det för sig genom att på det ena eller andra sättet dölja svåra bedömningar dömer indirekt sig själv. Det må gälla svepande ställningstaganden i bevisfrågor eller andra genvägar, såsom förskjutning av norm till fakta genom avtalsfiktioner.

Här som så ofta i övrigt är god domskrivning av vikt. Domskälen ska tvinga domaren att närma sig den fråga som ska avgöras på ett logiskt och sammanhängande sätt. Av särskild vikt är att överrätterna – och inte minst Högsta domstolen – föregår med gott exempel genom att tydliggöra distinktionen mellan fakta och normativa ställningstaganden. Så har många gånger skett i Högsta domstolens avgöranden (se t.ex. *Samurajsvärdet*” NJA 2012 s. 45 p. 9 rörande uppsåt och *”Sjukhuscaféet*” NJA 2017 s. 261 p. 15 angående rörelsevärdering). Distinktionen är nu inte alltid lättfångad, men det hindrar inte att problematiken så gott det går bör klargöras. (Se t.ex. *”BDO*” NJA 2014 s. 272 p. 42. I *”Phonies*” NJA 2000 s. 48 föranleder tillägget av justitierådet Torgny Håstad slutsatsen att Högsta domstolen medvetet tog till en avtalsfiktion; det greppet – som man kan ha åsikter om – borde enligt min mening ha tydliggjorts och förklarats i domskälen snarare än i tillägget.) Som jag redan har framhållit bör inte de svårigheter som kan möta på vägen mot ett avgörande förringas eller döljas.

Här vill jag parentetiskt tillfoga, att i särskilt Svea hovrätt förekom det under att antal år för något eller kanske några decennier sedan ofta, att domskälen i dispositiva tvistemål utgick från processlägesöversikt (ibland förkortad plö). Det rörde sig om en uppställning efter den successiva relevansens princip av de frågor som kunde

aktualiseras i målet. Att den ordningen har kommit nästan helt ur bruk tycker jag är synd. Visserligen är det viktigt att en domare inte blir slav under formatet, men man kan arbeta med flera format och i det enskilda målet välja det som passar bäst. Eller utveckla en till det individuella målet särskilt anpassad disposition.

7. AVSLUTANDE SYNPUNKTER

Ja, detta var några spretiga reflektioner kring domarrollen och dess utövande. I den mån det finns någon röd tråd i framställningen så handlar det nog om att domaren genom sin dom bör öppna sig för andras dom över den egna prestationen, och att han eller hon genom sina ställningstaganden dömer också över sig själv. På det ena eller andra sättet. Mer eller mindre. Hårdare eller mildare.

Vid sitt dömande måste domaren mot den bakgrunden eftersträva att genom ett metodologiskt förhållningssätt till den uppgift han eller hon har framför sig distansera sig från det egna jaget. Gjorda övervägandena ska komma till uttryck i den text som ska bli domstolens avgörande. Det rör sig om att öppet och strukturerat och med krav på intellektuell hederlighet resonera sig fram till det ställningstagande som föranleds av den rättsliga frågan. Magkänsla (en omskrivning av övergripande juridisk intuition) behövs många gånger som varningsklocka, riktningsindikator eller kontrollmekanism, men den får inte vara slutligt bestämmande. Skälighetsspänn och gråzoner ger inte utrymme för skön i mening av tyckande baserad på intuition eller annat. Visserligen kan olika domare utan att någon har fel komma att sätta ned foten på skilda ställen. Men så gott det låter sig göras bör domaren förklara sitt val av trampsten.

När jag nu har låtit några av mina käpphästar bli viftade pekpin- nar vill jag tillägga, att enligt min mening håller avgörandena från tingsrätter och hovrätter i allmänhet hög klass. Och ibland stöter man på en dom som inte kan betraktas som annat än ett mästerverk i sin genre, ett chef-d'oeuvre som dessvärre oftast förpassas till glömska i något domsarkiv. Detta bygger jag på att som domare i en högsta domstol har man anledning att läsa väldigt många underrätts-

avgöranden. Men allt är inte bra, och det gäller även ett och annat avgörande från Högsta domstolen, också när jag själv har deltagit.

Det är inte säkert att Fredrik i allt håller med mig om vad jag har dristat mig att skriva, eller ens i vad Högsta domstolen har uttryckt i de rättsfall som har nämnts i det föregående. Vi har ibland något olika uppfattningar. Och det ligger i sakens natur att Högsta domstolens ställningstaganden sällan är självklara. När saken är given behövs inte något prejudikat. Men en sak vet jag, och det är att Fredrik uppskattar en seriös diskussion i frågor av det slag som jag har berört. Och kanske leder min framställning till att han tar upp någon tråd, såsom vad som ligger i skön och skälighet. I en artikel. Under ett seminarium. Eller varför inte vid ett eftersnack med en öl vid bardisken. Samtal i viktiga spörsmål är alltid av värde, oavsett dess former.