# Dag och jag och Högsta domstolen

Av justitierådet STEFAN LINDSKOG

*I detta hyllningsbidrag till Dag Victor med anledning av hans 70-årsdag berättar jag något om hans betydelse i Högsta domstolen och om vårt samarbete under de drygt tre år som vi arbetade tillsammans i domstolen innan jag efterträdde honom som ordförande på andra avdelningen. Även vissa aspekter på domstolens prejudikatbildning berörs.*

**Dag och Högsta domstolens verksamhet**

Dag Victor satt med den sista gången som jag (och för övrigt de två legendariska advokaterna på motsidan, Bertil Södermark och Mats Müllern) hade förmånen att få uppträda som advokat i Högsta domstolen (resultatet blev ”Får fattiga konkursbon processa?” NJA 2006 s. 420). Vid en sammankomst någon tid senare — en eftersits inom ramen för Föreningen för lagstiftningslära — tog Dag med mig upp frågan om det lämpliga i att som advokat begära huvudförhandling i Högsta domstolen.

— Det där med huvudförhandling, sa Dag, det har nog advokater inte riktigt förstått. Då blir det ju inget betänkande. Och alla kloka saker som advokaterna säjer riskerar ju att gå förlorade när de inte finns på pränt. Fast å andra sidan kan det ju också vara intressant att höra vad advokaterna har att säga, det blir på ett annat sätt än att bara läsa inlagor. Men om de bara kunde begränsa sig till det viktiga. Pläderingarna sist innehöll ju mycket tänkvärt, men man borde nog krympa ned det. Kanske …

Ja, ungefär på det sättet var det, och så flöt det på. Dag utvecklade lite tankar om hur man skulle kunna kombinera en fullgången skriftlig handläggning med en begränsad muntlig förhandling, närmast i seminarieform, kanske så att betänkandet var tillgängligt också för advokater, åklagare och andra partsrepresentanter. Mer än så har det inte blivit av detta, men det illustrerar Dags ständiga strävan att förbättra domstolens förutsättningar att väl fylla sin prejudikatuppgift.

Tankar från Dag som däremot har fått fäste är styckesnumrering och möjligheten till språngdispens när hovrätten har förbisett en prejudikatfråga, låt vara att frågan om språngdispens ännu inte har föranlett någon lagstiftning. Dag har också varit drivande för att det allmänna ska stå för processkostnaderna i Högsta domstolen.

— Processen här är ju inte till för parterna, brukade han framhålla. Den är till för samhället! Varför ska då inte samhället svara för kostnaderna?

Dags engagemang för Högsta domstolens prejudikatuppgift sviktade aldrig. Det gällde såväl formerna och förutsättningarna för domstolens verksamhet som de enskilda avgörandena.

Prejudikatbildning är något mer än ett dömande. Den är ett led i samhällsutvecklingen. Det handlar om en verksamhet som är förankrad i det förflutna men som likväl är framåtsyftande. En verksamhet med särskilda krav.

Dag tydliggjorde detta på olika sätt. Han ställde stora krav på sig själv men också på sin omgivning. Han var hjälpsam i förberedelsearbetet, om än inte alltid helt syfteslöst. När man hörde de tunga långsamma stegen utanför dörren, så visste man att han snart med sin resliga gestalt skulle stå tungt lutad mot dörrposten.

— Jo, hörrudu. Du är ju referent på tisdag. Har du funderat på …

Och så fick man något inlindat lite anvisningar om vad som kunde vara lämpligt att överväga, i form av litteratur, rättsfall eller annat. Det hände också att anvisningarna inte var så alldeles inlindade.

Vid föredragning kunde Dag, som under den tid vi arbetade tillsammans för det mesta satt ordförande, ganska snart börja ställa frågor till föredraganden eller referenten. Den kanske vanligaste frågan var: Men vad är då prejudikatfrågan? Och började det dra iväg i en riktning som Dag ogillade så kunde det både synas på hans kroppsspråk och märkas på frågorna. Maskhållning är inte Dags starka sida. Men en sak är säker, gick man emot Dag i en fråga som han ”kände starkt för” (han brukade uttrycka sig så), då fick man ett gott test på hållbarheten av de egna argumenten.

En god domare söker alltid efter den juridiskt riktiga lösningen. Men en prejudikatdomare har till uppgift att göra också något mer.

Dag satte ofta prejudikatfrågan i ett vidare perspektiv. När han under ett måls föredragning till sist fick ordet och allt föreföll vara sagt kunde det bli en historisk utläggning, en redogörelse för den relevanta lagbestämmelsens tillkomst, paralleller till andra rättsområden eller något annat. Och sedan kunde han mycket väl sluta med att framhålla att han var helt enig med referenten. Syftet med föreläsningen var att kvalitetssäkra den del av avgörandet som utgjordes av själva prejudikatet. Och kanske också att dela med sig litet av sina kunskaper. Som en kollega uttryckte det: Dag är lite av en juridisk folkbildare.

Även om Högsta domstolen har prejudikatbildning som sin primära uppgift, så får det inte förglömmas att den är också är domstol. Det väcker frågan hur domstolen skrivningsmässigt ska hantera de frågor som inte är prejudikatintressanta. Dag föredrog ofta att avfatta dessa så kortfattat som möjligt, gärna på slutet. Möjligen har den dispositionsordning som domstolen nu ofta tillämpar — att efter att ha redogjort för rättsläget göra en bedömning ”i detta fall” — utvecklats därifrån.

Det sist sagda föranleder en kommentar. Ibland läser eller hör man synpunkter på Högsta domstolens avgöranden i sådana frågar som domstolen inte har sett som prejudikatintressanta. Oftast går det ut på att det är svårt att läsa ut prejudikatbetydelsen av ett kortfattat uttalande, och ibland leder det till en kortare eller längre tolkningsövning av domstolens text. Men när det rör sig om knapphändiga uttalanden vid sidan av det som domstolen har identifierat som prejudikatfrågan i målet, så bör de inte anses ha något prejudikatvärde. I varje fall inte om Högsta domstolens mening i frågan ska beaktas.

När Dag slutade hade det skrivsätt som idag präglar Högsta domstolens avgöranden i allt väsentligt etablerats. Dag var här drivande. Styckesnumreringen har redan nämnts (Dag var dock ingen stark förespråkare för korta stycken, och för övrigt inte heller för korta meningar). Till det kommer rubriksättningen av texten och den med rubriksättningen följande uppdelning i olika frågor. Viktigt är också att numera skrivs ett avgörande nästan alltid efter principen ”stand alone”. Avgörandet ska kunna förstås utan att hovrättens eller tingsrättens avgöranden har lästs. Det är inte bara en serviceåtgärd mot läsaren, det är ett viktigt tolkningsfaktum när rättsfallet ska tolkas.

**Något om Mefedrondomen**

Ett av de sista avgörandena som Dag deltog i var ”Mefedrondomen” NJA 2011 s. 357. Även jag satt med i målet. Domen har utpekats som ett exempel på vad som skulle vara en ny företeelse, Högsta domstolens aktivism.

Jag har i allmänhet svårt att ta till mig synpunkterna på den förmenta aktivismen, och jag har alldeles särskilt svårt att förstå att ”Mefedrondomen” skulle i just det hänseendet sticka ut som anmärkningsvärd. Det anmärkningsvärda ligger på en annan kant. För de åtalade narkotikabrotten hade med samma bevisvärdering tingsrätten dömt till fängelse i sex år och hovrätten fjorton. Till grund för fängelsetidens längd låg i båda fallen vad som vid tiden kallades ett rent mängdresonemang. Detta innebar att straffvärdebedömningen begränsade sig till ett val av en straffvärdestabell. I målet hade domstolarna bestämt sig för var sin tabell. Hovrättens val innebar en straffskärpning på åtta år. Det är möjligt att en och annan — kanske rent av många — hade väntat sig att Högsta domstolen skulle ha skiljt domstolarna åt genom att bestämma vilken av tabellerna som var den ”riktiga”. Men det förelåg djupare problem, nämligen en oreflekterad tabelltillit kombinerad med en märklig oförmåga att ta till sig en klanderbedömnings olika nyanser. Lika fall ska bedömas lika, men rättvisa är sällan så endimensionell att den kan mätas med måttband.

När det gäller straffvärde finns det alltid många parametrar att beakta. Och likaprincipen säger inget om vilka parametrar som är jämförelserelevanta. Högsta domstolen lyfte i ”Mefedrondomen” — med stöd av något äldre förarbeten — fram att inte bara sort och mängd

borde tillmätas betydelse utan också andra förhållanden, såsom om gärningen var begången inom ramen för organiserad narkotikahandel. Kan man rimligen anse något annat? Och kan man rimligen anse att domstolen borde ha låtit åren gå och se hur domar grundade på ”rena mängdresonemang” fortsatte att falla?

Ett skäl till att ”Mefedrondomen” har ansetts vara långtgående lär vara att den fick stor generell betydelse för synen på straffvärdebedömningen av narkotikabrottet (i allt fall efter en serie följdprejudikat, som enligt min mening till stor del är variationer på ”Mefedrondomen”). En mer differentierad straffvärdebedömning betyder i allmänhet lägre straff. Men att ett avgörande får långtgående verkningar är inte samma sak som att det är uttryck för ”domstolsaktivism”. Jag kan inte se annat än att Högsta domstolen dömde just på det sätt som man har anledning att förvänta sig av en högsta domstol. Något förvånande synes emellertid landets dåvarande justitieminister ha tyckt annorlunda. När det i massmedia återgavs uttalanden från polishåll om att straffen för narkotikabrott nu var så låga att bekämpning av narkotikabrottsligheten inte längre lönade sig, så reagerade hon inte mot det befängda i det synsättet utan mot Högsta domstolens prejudikatbildning!

**Något om obiter dicta**

Nu är inte ”Mefedrondomen” det enda avgörande som har anförts till stöd för tesen om Högsta domstolens nya aktivism. Jag ska emellertid inte här gå in på några ytterligare sådana avgöranden. Däremot ska jag tillåta mig några reflektioner på temat aktivism.

Till en början tror jag att påståendet om aktivism i någon mån beror på att man inte gör tillräcklig skillnad mellan ”offensiv” rättstillämpning på den ena sidan samt utförliga och transparanta motiveringar på den andra. Ett avgörande där domstolen belyser prejudikatfrågan ur olika aspekter och där argument och motargument lyfts fram och värderas uppfattas gärna som i någon mening progressivt utan att rättstillämpningen behöver vara varken särskilt långtgående eller överraskande. Samtidigt kan ett avgörande där domstolen undviker att problematisera sin rättstillämpning passera utan att det noteras hur kontroversiell den i själva verket är. Ett exempel på det senare är enligt min mening ”Gunillas och Åkes bostadsrätt” NJA 1995 s. 478. Avgörandet, som visserligen är kritiserat i den fråga som intresserar här men inte egentligen i det hänseende som jag vill peka på, innebar bl.a. att Högsta domstolen genom tolkning av en bestämmelse i utsökningsbalken sanktionerade en familjerättslig skyddsregel som lagstiftaren hade lämnat utan civilrättslig påföljd. Den rättstillämpningen var enligt min mening inte så lite ”offensiv”. Men eftersom frågan inte ställdes huruvida ett familjerättsligt skyddsbehov var ett relevant tolkningsargument avseende den aktuella exekutionsrättsliga lagbestämmelsen (som jag ser det så rör man sig på ett helt annat argumenta-

tionsfält inom exekutionsrätten än inom familjerätten), så framstår det inte så. Rättsläget är nu under omprövning genom ett till plenum hänskjutet mål.

Otvivelaktigt har utvecklingen gått mot att Högsta domstolen regelmässigt eftersträvar att tydligt förklara bevekelsegrunderna för sina slutsatser och inte bara att ge ett nödtorftigt motiverat besked om sitt ställningstagande. Det förhållandet sammantaget med bl.a. den nämnda principen om ”stand alone” medför att avgörandena genomsnittligt blir längre, något som i sig ibland ses som aktivistiskt. Men även om resonerande och därmed långa domskäl är mer vanliga idag än förr, så är det i sig inget nytt. Se t.ex. ”Guldklausulen” NJA 1937 s. 1. Sättet att klargöra de överväganden som låg till grund för avgörandet är sådant, att med en modern språkdräkt och redaktionell disponering så skulle — om frågeställningen hade varit aktuell idag — ingen ha kunnat tro att avgörandet har närmare 80 år på nacken.

Jag vet att Dag liksom jag och många andra förutvarande och nuvarande ledamöter i Högsta domstolen fäster stor vikt vid systemargument. När sådana aspekter anmäler sig kan det motivera uttalanden om vad som antas gälla i närliggande frågor. Hur den eftersökta regeln samspelar med andra regler när den länkas samman med dessa, hur den förhåller sig till motsvarande regler på andra rättsområden etc. är överväganden som kan ha betydelse vid rättsfinnandet. Men uttalanden om andra rättsnormer än den tillämpade avfärdas inte sällan något pejorativt som obiter dicta, och ibland rent av som ett uttryck för aktivism. Det är emellertid enligt min mening inget bärande skäl för avstå från en redovisning av gjorda överväganden. Detta gäller också det förhållandet att prejudikatvärdet av uttalanden om andra normer än den tillämpade är begränsat.

I vissa frågor ger etablerade rättskällor begränsad eller ingen ledning. Det har i något sammanhang sagts att domstolen då rör sig i ett rättspolitiskt rum. Men den rättsliga fråga som domstolen har att ta ställning till måste likväl besvaras. Inte sällan motiverades förr svaret på frågan med ett ”det får anses att”. Numera drar sig i regel inte Högsta domstolen för att ange de skäl som förklarar slutsatsen att något har ansetts. Men det öppnar för kritik; rättspolitiska argument är något som man ofta och med fog kan ha olika åsikter om. Det är en kritik som jag menar domstolen måste vara beredd att ta, också om en öppen redovisning av vad som gör sig gällande i det rättspolitiska rummet missförstås som aktivism. Jag tror att Högsta domstolen i det långa loppet vinner i förtroende på öppenhet och tydlighet i argumentationen, även om misshugg kan inträffa och då framstår med särskild tydlighet.

**Något om ne bis**

Så något om den kanske viktigaste anledningen till kritiken om aktivism i domstolen. Europarätten har inneburit en förändring av den

rättsliga maktordningen också i Sverige. De högsta domstolarna har i det hänseendet kommit att i vissa hänseenden inta ställningen av budbärare och därmed skottavla. Det är inte alltid en vare sig lätt eller tacksam uppgift.

Europakonventionen är i det angivna hänseendet ett kapitel för sig. Högsta domstolen har under många år brottats med hur man ska se på konventionen sådan den tillämpas och utvecklas genom Europadomstolens praxis (se t.ex. Dags klarsynta tillägg i ”Flygbladen” NJA 2006 s. 467). I några senare avgöranden har domstolen valt linjen att i första hand tillämpa konventionen såsom svensk lag och då på ett till svenska förhållanden anpassat sätt, dock att de minimikrav som följer av Europadomstolens praxis ska iakttas med marginal. Det har bl.a. lett till vissa principer om rätt till ersättning respektive påföljdslindring vid långsam handläggning, principer som är nya och för en del förmodligen framstår som främmande för svensk rätt. Men även så handlar det efter mitt förmenande inte om någon aktivism utan om en lojal ambition att så smidigt som möjligt smälta samman det nya med det gamla till en praktiskt fungerande ordning. Om resultatet för någon teoretiker skapar problem av typen fyrkantiga klossar passar inte i runda hål får man enligt min mening ta det med jämnmod.

När det gäller konventionsrätten så har ne bis-frågan varit det stora problembarnet. Dag och jag var båda med i ”Vad betyder Zolotuchin?” NJA 2010 s. 168, där vi intog olika positioner. Men skillnaden mellan våra uppfattningar var inte så stor som den ibland förefaller att uppfattas. Något förenklat handlade det om huruvida vi, när det gäller rättsklarhet i frågan huruvida systemet med skattebrott och skattetillägg stod i strid mot dubbelprövningsförbudet, hade kommit till den punkten där det var dags för domstolen att inskrida. Det rörde sig alltså om hur normbildningskompetensen skulle fördelas mellan den dömande makten och den lagstiftande makten. Dag ansåg att rättsläget inte var så klart att Högsta domstolen borde göra något i frågan (och han räknade säkerligen med att lagstiftaren skulle ta sitt ansvar så att domstolen inte senare skulle komma i det läget att den tvingades ingripa), jag hade motsatt uppfattning. Möjligen spelade graden av toleransutrymme för lagstiftarprerogativet och förtroendet för lagstiftarens handlingsvilja in, och kanske hade vår respektive inställning i det hänseendet ett visst samband med våra olika yrkesbakgrunder. Dags mening (dvs. Högsta domstolens avgörande; Dag, som var referent, ingick i majoriteten) synes av en del ha uppfattats så att det innebar en bekräftelse på att svenska systemet med dubbla förfaranden var förenligt med konventionsrätten. Det anser jag vara felaktigt. Domstolen — och därmed Dag — ansåg, som jag förstår avgörandet, bara att det fortfarande var lagstiftaren som ägde frågan, eftersom det inte var så klart att det svenska systemet var oförenligt med

dubbelprövningsförbudet att Högsta domstolen borde göra något åt det.

Många var sedan besvikna över lagstiftarens passivitet. Jag var det, och jag är övertygad om att det gällde även Dag. Att Högsta domstolen så småningom, efter ett avgörande av unionsdomstolen, genom pleniavgörandet ”Zolotuchin betydde nytt rättsläge!” NJA 2013 s. 502 fick ta sig an frågan och därigenom förkastade det svenska systemet är det få, om ens någon, som har kritiserat annat än i detaljer, trots att avgörandet nog i delar kan ses som långtgående. Annorlunda förhåller sig med det efterföljande retroaktivitetsavgörandet ”Och alla de redan dömda då?” NJA 2013 s. 746. En och annan har ansett att Högsta domstolen där gick för långt.

Utan tvekan har retroaktivitetsavgörandet betytt mycket arbete för särskilt riksåklagaren och Högsta domstolen. Men praktikabilitetsskäl av den typen är, för det slags fråga det handlade om, inte rättsligt relevanta argument. Jag ska här inte utveckla skälen för avgörandet, det räcker med att hänvisa till vad som anförs i detta. Det finns emellertid två mer sidoliggande aspekter som jag tycker är värda att beakta. Den ena är att det sedan lång tid tillbaka hade för alla i ämnet insatta varit klart att det var osäkert vad konventionsrätten krävde. När lagstiftaren väljer att upprätthålla ett regelsystem trots vetskap om att det mycket väl kan vara konstitutionellt rättsstridigt, så framstår det för mig som en rättsstatlig självklarhet att om rättstridigheten bekräftas så bör det föranleda retroaktiva korrigeringar. Det handlar här inte blott om en felbedömning utan om ett av staten medvetet risktagande som dras på den enskildes straffkonto, vilket är något annat än en vanlig resningsfråga. Den andra aspekten är att det är svårt att hitta hållpunkter för en halvgången retroaktivitet som inte riskerar att underkännas av Europadomstolen (senare praxis från den domstolen antyder också ett retroaktivitetskrav som i allt fall inte är lägre än det som Högsta domstolen tillämpade). Efter att den svenske lagstiftaren så blatant hade negligerat utvecklingen av konventionsrätten och det behov av lagstiftning som avgörandet ”Vad betyder Zolotuchin?” erinrar om, så skulle en reprimand från Europadomstolen för underlåten vilja att rätta till det som hade gjorts fel ha varit milt sagt besvärande.

Om man ska ha någon kritisk synpunkt på retroaktivitetsavgörandet ”Och alla de redan dömda då?”, så ligger den enligt min mening på en annan kant. Det kan sättas i fråga om ett avgörande av det slaget bör avgöras av endast fem ledamöter (det gäller för övrigt också avgörandet ”Vad betyder Zolotuchin?”). Det är att beklaga att möjligheten till litet plenum (nio ledamöter) har tagits bort, men kanske borde Högsta domstolen i särskilt viktiga frågor utnyttja möjligheten att avgöra ett mål med en sammansättning på sju ledamöter.

**Något om normbildningskompetensen**

Frågan om var gränsen mellan lagstiftaren och de högsta domstolarna går när det gäller normbildningskompetensen är inte endimensionell. Jag har fört fram några synpunkter i det hänseendet i mitt tillägg i ”67 kg cannabis” NJA 2012 s. 535, och jag ska inte här upprepa dessa utöver det som har sagts i det föregående. En ytterligare aspekt kan det emellertid finnas anledning att något utveckla, nämligen betydelsen av vad för slags fråga det rör sig om.

När det gäller den enskildes ställning i förhållande till staten bör de högsta domstolarna enligt min mening om möjligt — dvs. när en rättsbildning i sig ligger inom ramen för domstolens normbildningskompetens — undvika att bolla över frågan till lagstiftaren. Domstolarna har här ett slags konstitutionell bevakningsuppgift, och det är viktigt att de bland allmänheten uppfattas ha erforderlig integritet och kraft för att fullgöra vad den uppgiften kräver. Till det kommer att när det gäller normbildningsbehov så har historiskt sett lagstiftaren inte varit särskilt mottaglig för passningar, även om det finns undantag. Det talar för en i gråzonen förhållandevis öppen attityd till rättsbildning genom prejudikat, naturligtvis under överväganden av de välbekanta nackdelar det har i jämförelse med lagstiftning. Men argumentet rörande lagstiftarens bristande spelbarhet får särskild relevans när det gäller den enskildes rättigheter mot det allmänna.

Det är också på detta område som Högsta domstolen enligt min åsikt har varit som mest benägen att ta för sig av normbildningsmakten. Jag tänker då främst på ”Sju år från åtal till tingsrättsdom” NJA 2005 s. 462, som Dag deltog i, och ”Det förlorade medborgarskapet” NJA 2014 s. 323. Båda rättsfallen har, vart och ett på sitt sätt, förändrat Sveriges konstitutionella karta genom att kränkning av grundläggande medborgerliga rättigheter genom domstolspraxis sanktionerats med ideellt skadestånd. Det rör sig inte om särskilt överraskande eller långtgående rättighetsförstärkningar, även om de i sig är materiellt sett intressanta. Det mest framträdande med fallen är, som jag ser det, i stället att de visar att rättsutveckling av det slaget kan åstadkommas genom avgöranden av de högsta domstolarna. Och så måste det nog vara.

**Dag och jag**

Dag och jag satt tillsammans i ganska många mål, trots att vår gemensamma tid i HD bara blev drygt tre år. Vi var inte alltid ense. Det finns mål där jag fortfarande tycker att Dag fick utgången att tippa åt fel håll. Jag säger bara ”Kommunens ohemula förköpsansökan” NJA 2010 s. 27 och ”Jobbskatteavdraget” NJA 2010 s. 661! Men vid bladandet genom arkivbanden har jag också funnit mål där vi intog olika ståndpunkter utan att det har satt några djupare spår i mitt sinne eller ens i mitt minne (hur det är med Dag vet jag inte, men han har inte alltid varit i majoritet). Och i de flesta avgöranden drog vi i samma riktning.

Två gånger kom vi rent av att omfamna varandra genom gemensamma tillägg, intellektuellt (se ”Den motklandrade bodelningen” NJA 2008 s. 740) eller närmast emotionellt (se ”Crohns sjukdom en nådefråga” NJA 2010 s. 485). Det är kära minnen!

Jag började med att berätta om hur jag satt och diskuterade med (eller lyssnade till) Dag på en eftersits för nu snart tio år sedan. Vi har samtalat på många eftersitsar efter det, också sedan Dag pensionerades och jag efterträdde honom som ordförande på andra avdelningen. Dag brukar inte vara den förste att gå hem. Jag frågar honom ibland hur det är.

— Hur det är?! händer det att Dag då utropar förebrående och lutar sig fram med hela sin stora överkropp och tittar strängt på mig. Ungefär som om jag hade förolämpat honom eller gjort något annat fel.

— Det är ett helvete att inte få vara med! Det finns så mycket jag skulle kunna säga. Du vet, för min egen personliga del tycker jag att i det där målet …

Och så kommer det. I det ena avgörandet kunde ju domstolen ha framhållit det ena. Och i det andra kunde man ju ha avstått från att nämna det andra. Och så vidare. Engagemanget består.

— Och undvik nu att nyintroducera något slags tabelleri! har han ibland förmanande lagt till. Det komplexa kan inte göras enkelt, och man får då inte heller låtsas att det låter sig göras enkelt!

Ja, ungefär så där. Om jag förstår Dag rätt så menar han att prejudikatbildningen på det hela är så sammansatt att den aldrig kan bli god nog. Den måste ständigt söka nya vägar, byggas på och förfinas. Det är en inställning att bära med sig.