

Judiciell aktivism eller prejudikatbildning?

En empirisk granskning av Högsta domstolen

Av docent MATTIAS DERLÉN och professor JOHAN LINDHOLM

Ett antal kommentatorer har hävdat att Högsta domstolen under senare år intagit en ny, friare roll i förhållande till lagstiftaren. Debatten har framförallt kommit att gälla ett antal enskilda och kontroversiella domar som enligt vissa debattörer kan beskrivas som "judiciell aktivism". Mot bakgrund av denna debatt och utifrån ett omfattande empiriskt material studerar vi hur Högsta domstolens verksamhet utvecklats över tid. Studien bekräftar att Högsta domstolen genomgått en omfattande förändring, men att det handlar om att domstolen under längre tid utvecklats till en tydligare och aktivaare prejudikatinstans, snarare än ett plötsligt utslag av judiciell aktivism.

1 "Is the Supreme Court 'Running Wild?'"¹

Diskussion kring vilken roll domstolar kan, bör och får ha i ett samhälle är lika gammal som institutionen själv och uppfattningar om hur kreativa och självständiga domstolar kan, bör och får vara i förhållande till de politiska instanserna varierar påtagligt mellan olika rättsystem och över tid.² Under de senaste två åren har frågan flitigt behandlats i en tämligen omfattande, offentlig debatt som fokuserat på Högsta domstolens senare praxis. Hovrättspresidenten Wersäll hävdar, kort sammanfattat, (i) att Högsta domstolen under senare tid tagit sig en mer "offensiv" roll i sin praxisbildning, (ii) att domstolen således blivit mer "aktivistisk", (iii) att en grundläggande orsak till denna utveckling är den svenska rättens europeisering och internationalisering samt (iv) att Högsta domstolen bör inta en försiktigare roll som normbildare.³

¹ Rubriken alluderar till den av Hjalte Rasmussen på 80-talet initierade debatten om EU-domstolens påstådda aktivism. Se Hjalte Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice: A Comparative Study in Judicial Policymaking*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1986. Författarna vill tacka Torsten Söderbergs Stiftelse, som finansierat studien, och Andreas Nordström, som hjälpt till med datainsamlingen.

² Se t.ex. Carlo Guarnieri & Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy* (Oxford University Press, Oxford 2002), s. 68–76. Se också t.ex. Joakim Nergelius, "Domstolar och demokrati — Är det dags för maktindelning?", SvJT 2000 s. 545.

³ Fredrik Wersäll, "En offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning", SvJT 2014 s. 1. På ett liknande sätt uttrycker Wersälls kollega Josefsson kritik gentemot Högsta domstolens "rättighetsmaximerade" tolkningsmetod och utvidgade tillämpning av ett europarättsligt resonemang bortom dess tillämpningsområde. Carl Josefsson, "Domstolarna och demokratin — Något om syftet

Wersälls uttalanden har föranlett reaktioner från ett antal svenska jurister.⁴ Till exempel anser Wiklund att Wersäll saknar en normativ tolkningsteori mot vilken lämpligheten i Högsta domstolens verksamhet kan prövas och att det i avsaknad av en sådan teori endast går att säga att Högsta domstolen gör annorlunda, inte sämre.⁵ Kleineman instämmer med Wersäll att Högsta domstolens agerande under senare år förändrats på ett sätt som kan beskrivas som ökad aktivism, men menar att kritiken vilar på ett föråldrat, lagpositivistiskt synsätt och hävdar att tendensen under senare år är ett utslag för ”normalisering” till förhållanden inom den Europeiska unionen.⁶ Lindh, som tidigare var domare i EU-domstolen, anför att ”[d]et är naturligtvis så att de svenska domstolarnas roll har förändrats med europeiseringen” och att ”[d]et är glädjande att Högsta Domstolen nu — efter en del tveksamheter efter EU-inträdet — har tagit på sig den självklara rollen att tolka våra svenska regler i ljuset av bl.a. unionsrätten och med utgångspunkt från den enskildes rättigheter.”⁷ På ett liknande sätt menar Fura, som tidigare var domare i Europadomstolen, ”att det är glädjande att Högsta domstolen uppträder med ökat självförtroende och att flera avgöranden därifrån synes tyda på ett ökat fokus på rättighetsperspektivet” och anser att detta ”kan ses som en naturlig konsekvens av europarättens ökade inflytande på exempelvis straffrättens område.”⁸ Fura tycks dock i viss utsträckning dela Wersälls farhågor för att Högsta domstolen tagit sig en alltför stor roll som normbildare.

Även om debattörerna är långtifrån eniga i allt tycks det råda tämligen stor enighet om att Högsta domstolens förhållande till lagstiftaren förändrats under senare år, framför allt i riktningen att domstolen tagit sig en större och friare normbildningsroll. Denna uppfattning kan knappast komma som en överraskning för Högsta domstolens ledamöter. Den åsikt som justitierådet Lindskog, tillträdande

med grundläggande rättigheter, europeiseringens konsekvenser och aktivismens baksida”, SvJT 2015 s. 40.

⁴ Utöver de nedan beskrivna inläggen, se också t.ex. Joakim Nergelius, ”Domare på vift?”, SvJT 2015 s. 85.

⁵ Ola Wiklund, ”Om Högsta domstolens rättsskapande verksamhet — löper domstolen amok?”, SvJT 2014 s. 335. Wiklund ansluter sig därmed till ovan nämnde Rasmussen och dennes diskussion om förhållandet mellan judiciell aktivism och en normativ teori om unionsrättens tolkning. Rasmussen menade att det i avsaknad av konsensus kring unionsrättens mest grundläggande frågor inte var möjligt att konstruera en sådan normativ teori. Då det emellertid inte heller var tillfredsställande att överlämna frågan om EU-rättens yttersta gränser till EU-domstolen själv (detta skulle, med en berömd formulering, ”amount to little more than to entrust the guardianship of cabbage to goats”) utvecklade Rasmussen en mycket omdiskuterad sociologisk måttstock för att avgöra huruvida judiciell aktivism var för handen. Hjalte Rasmussen, ”Between Self-Restraint and Activism: A Judicial Policy for the European Court”, *European Law Review* vol. 13 s. 28 (1988), s. 35 citerad.

⁶ Jan Kleineman, ”Från prejudikatinstans till lagstiftare? Högsta domstolens ökade aktivism”, JT 2014–15 s. 495.

⁷ Pernilla Lindh, ”EU-domstolens s.k. aktivism — ett inlägg i debatten om de svenska domstolarnas aktivism”, JT 2014–15 s. 530, s. 532.

⁸ Elisabet Fura, ”En offensiv Högsta domstol — en kommentar”, SvJT 2014 s. 101.

ordförande i Högsta domstolen, uttrycker i sitt tillägg till NJA 2012 s. 535 tyder på att domstolen i högsta grad förändrat hur den ser på sig själv, även om han själv tycks mena att förändringen snarare består i hur domstolen presenterar sin verksamhet än verksamheten som sådan:

Förutsatt att rättsläget inte är "låst" genom lag är det inte bara naturligt, utan det är många gånger nödvändigt att de högsta domstolarna tar ansvar för rättsbildningen, när de anpassningar eller förändringar i rättsläget som omständigheterna påkallar inte möts med lagstiftning... Eftersom lagstiftaren kan ingripa om de högsta domstolarna går för långt i sin prejudikatverksamhet ..., kan en sådan rättsbildning redan av det skälet inte anses stå i strid mot de grundläggande maktfördelningsprinciper som bör gälla i en demokrati.⁹

Huruvida man anser att detta är ett uttryck för judiciell aktivism beror på vad man lägger i begreppet; det har ingen entydig mening.¹⁰ I den pågående debatten tycks det dock främst handla om att Högsta domstolen hänger sig åt judiciell normbildning, eller "lagstiftning från domskranket",¹¹ varför vi i denna artikel fokuserar på denna definition.¹² Kärnan i detta synsätt är att en viss rättsutveckling är ett ofrånkomligt och nödvändigt resultat av domstolarnas rättstillämpande verksamhet, men att detta inte får urarta i bildandet av nya rättsliga normer som inte omedelbart bygger på andra rättskällor.¹³

Det finns också bland debattörerna, såväl Högsta domstolens kritiker som dess försvarare, en utbredd uppfattning att denna förändring i betydande utsträckning beror på det som i någon bemärkelse kan beskrivas som den svenska rättens "europeisering".¹⁴ Det ligger i sakens natur att medlemskapet i Europeiska unionen och därmed tillträdet till en minst sagt expansiv rättsordning har haft återverkningar på alla konstitutionella aktörer, men det finns också — som utvecklas vidare nedan — en tendens att överskatta vilket inflytande unionsrätten haft och hur snabbt svenska domstolar "anpassat" sig till denna situation.

Innan vi kan diskutera möjliga orsaker till judiciell aktivism måste dess existens fastställas. Detta är dock lättare sagt än gjort. I avsaknad av en tydlig normativ tolkningsteori är det svårt att åstadkomma en fruktbar debatt, och risken att hemfalla åt vad Rasmussen¹⁵ betecknar

⁹ Stefan Lindskog, "Dag och jag och Högsta domstolen", SvJT 2015 s. 415.

¹⁰ Se allmänt Keenan D. Kmiec, "The Origin and Current Meanings of 'Judicial Activism'", *California Law Review* vol. 92 s. 1441 (2004).

¹¹ Se t.ex. Wersäll 2014.

¹² De två huvudsakliga alternativa definitioner är att domstolarna är benägna att ogiltigförklara lagstiftning eller tolkar lagstiftningen på ett sätt som avviker från accepterade tolkningsmetoder. Kmiec 2004, s. 1463–1476; Frank B. Cross & Stefanie A. Lindquist, "The Scientific Study of Judicial Activism", *Minnesota Law Review* vol. 91 s. 1752 (2007), på s. 1763–1768.

¹³ Se allmänt Kmiec 2004, s. 1471–1473.

¹⁴ Se t.ex. Wersäll 2014, s. 3–5; Wiklund 2014, s. 343–344; Lindh 2014–2015, s. 532.

¹⁵ Rasmussen 1988, s. 35.

som "I-know-it-when-I-see-it tests" är påfallande. Denna artikel syftar till att lämna ett empiriskt bidrag till debatten genom att granska om det finns mätbara förändringar i Högsta domstolens praxis över tid, som skulle tyda på att Högsta domstolen tagit sig en friare och större normbildande funktion, och som kan kopplas till europarätten. Inte heller den empiriska metoden är utan problem eller begränsningar. Vi menar dock att den ger ett ytterligare och viktigt perspektiv på frågorna.¹⁶

2 Rättslig argumentation och judiciell aktivism

Om Högsta domstolen som påstått kommit att i allt större utsträckning ägna sig åt självständig normbildning borde detta rimligen återspeglas i den metod och i de källor som den använder sig av. Omvänt, om domstolen inte förändrat *hur* den arbetar förefaller det osannolikt att dess *funktion* förändrats. Den metod som domstolar använder identifierar deras roll i rättssystemet.

Huruvida det är möjligt att empiriskt fånga en domstols metod är emellertid en annan fråga. En praktiskt viktig omständighet i detta sammanhang är att vi huvudsakligen endast kan studera en domstols metod genom de domar och beslut som den publicerar. Föremålet för undersökning är således *domstolens officiella metod* eller, annorlunda uttryckt, den retorik som domstolen använder för att rättfärdiga sina slutsatser. Det finns anledning att misstänka att domarna inte innehåller en fullständig redovisning av samtliga metoder, källor, argument och överväganden som domstolen lagt till grund för utfallet, det vi skulle kunna kalla för *domstolens verkliga metod*.¹⁷

I en granskning som denna av huruvida Högsta domstolen över tid förändrat sin metod finns det således anledning att befara att den officiella metoden inte fullt ut återspeglar en förändring i verklig metod. Varje domstol är beroende av att dess domar framstår som legitima för de involverade parterna, politiska institutioner och andra

¹⁶ Att angripa dylika frågor empiriskt är sannolikt ovanligt, men långtifrån unikt. Se t.ex. Cross & Lindquist 2007; Lori A. Ringhand, "Judicial Activism: An Empirical Examination of Voting Behavior on the Rehnquist Natural Court", *Constitutional Commentary* vol. 24 s. 43 (2007); Jeffrey A. Segal & Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited* (Cambridge University Press, Cambridge 2002).

¹⁷ Se Lindskog 2015 (som tycks bekräfta att HD, åtminstone tidigare, inte fullt ut redovisat alla relevanta ställningstaganden och överväganden). Frågan är flitigt diskuterad i den internationella litteraturen. Ett välbekant exempel är Bells analys av skillnaden mellan domskälen och diskussionen *in camera* i franska Conseil d'État. John Bell, "English Law and French Law — Not so Different?", *Current Legal Problems* vol. 48 s. 63 (1995). Se även i samma ämne Mitchel de S.-O.-l'E. Lasser, *Judicial Deliberations - A Comparative Analysis of Transparency and Legitimacy* (Oxford University Press, Oxford 2004).

domstolar¹⁸ och avvikelser från traditionella, vedertagna metoder riskerar att undergräva dess legitimitet.¹⁹

Enligt samma resonemang är det rimligt att anta att även en aktivistisk domstol kommer att grunda sin normgivning på accepterade rättskällor. Judiciell aktivism i den mening som avses här, det vill säga att domstolarna skapar nya rättsliga normer som inte omedelbart bygger på andra rättskällor, kräver förvisso — per definition — inte att domstolen underbygger sina slutsatser utifrån andra rättskällor. Utifrån detta perspektiv skulle aktivism kunna upptäckas baserat på en tydlig nedgång i bruket av rättskällor.²⁰ En domstol vill emellertid normalt inte bli anklagad för aktivism.²¹ Detta gäller i synnerhet i ett land som Sverige där domstolarna historiskt åtnjutit en förhållandevis svag ställning i förhållande till andra offentliga organ och där det funnits ett tydligt motstånd mot domarstyre.²² Även om Högsta domstolen i ökad utsträckning ägnat sig åt normbildning genom praxis torde de ändå motivera utfallet genom att hänvisa till traditionella rättskällor.

Däremot torde de källor som aktivistiska domstolar hänvisar till rimligen skilja sig från de som förekommer i icke-aktivistiska domstolars domar och beslut. Det ligger i det aktivistiska begreppets natur att domstolar som hänger sig åt självständig rättsbildning svårligen kan basera detta på förarbeten. Om förarbetena ger stöd för domstolens slutsats kan det knappast hävdas att domstolen ägnat sig åt från lagstiftaren självständig normgivning.

För en aktivistisk domstol är det naturliga alternativet till förarbeten rättspraxis. I rättssystem där domstolar har en tydlig normbildande funktion — framförallt i common law-system — utvecklar domstolarna rätten genom att förlita sig på tidigare praxis och skapar därigenom successivt ett sammanhängande system (case law). Vad gäller de högsta rättsbildande instanserna gäller detta i synnerhet deras egen rättspraxis, men i den europarättsliga kontexten kan vi också

¹⁸ Att andra och i synnerhet lägre domstolar uppfattar domarna som legitima är särskilt viktigt för prejudikatbildande instanser som Högsta domstolen.

¹⁹ Easterbrook uttrycker detta som att domstolen är beroende av att kunna identifiera en extern källa som grund för avgörandet (till skillnad från domarens egna åsikter) för att uppnå auktoritet och därmed kunna kräva att domslut respekteras. Frank H. Easterbrook, "Legal Interpretation and the Power of the Judiciary", *Harvard Journal of Law and Public Policy* vol. 7 s. 87 (1984), på s. 97.

²⁰ Detta illustreras tydligt av Fowler och Jeons studie av den amerikanska Högsta domstolen. Under den erkänt aktivistiska Warren-domstolen (1953–1969) sjönk bruket av rättspraxis vid domstolen och antalet mål som inte hänvisar till någon tidigare praxis ökade. James H. Fowler & Sangick Jeon, "The Authority of Supreme Court Precedent", *Social Networks* vol. 30 s. 16 (2008), på s. 19.

²¹ Se allmänt Kmiec 2004.

²² Se t.ex. Johan Hirschfeldt, "Domstolarna som statsmakt — några utvecklingslinjer", *JT* 2011–12 s. 3; Ran Hirschl, "The Nordic counternarrative: Democracy, human development, and judicial review", *International Journal of Constitutional Law* vol. 9 s. 449 (2011); Wersäll 2014, s. 8 ("Domare har inget politiskt mandat. Det är självklart att våra personliga värderingar aldrig får påverka dömandet. Vi vill inte ha politiserade domstolar.").

förvänta oss ett betydande inslag av europarättslig praxis. Stone Sweet har beskrivit bruket av rättspraxis som ett — frivilligt — svar från domstolarna på deras utrymme för skönsmässig bedömning. Ju större frihet domstolen har, desto större behov av att förankra slutsatserna i tidigare praxis, i slutändan för att undvika att deras legitimitet undergrävs.²³

Om det faktiskt är så att Högsta domstolen tagit sig en friare och större normbildande funktion förväntar vi oss således mot denna bakgrund att dess hänvisningar till rättspraxis, och i synnerhet sin egen rättspraxis, ökat över tid på bekostnad av förarbeten.

För att studera om det förhåller sig på detta sätt använder vi oss av två dataset. Det första och huvudsakliga datasetet (primärsetet) består av den metadata som Högsta domstolen själv lagt in i Domstolsverkets databas, Vägledande avgörande, och omfattar bland annat 4 124 HD-avgöranden från och med januari 1981 till och med augusti 2014 och 2 907 vägledande hovrättsavgöranden som publicerats i Rättsfall från Hovrätterna (RH) från och med januari 1990 till och med augusti 2014. Detta dataset inkluderar ett antal uppgifter, däribland rättspraxis som respektive avgörande hänvisar till.²⁴ Primärsetet saknar emellertid viss central information, framför allt Högsta domstolens hänvisningar till förarbeten. Vi har därför skapat ett kompletterande dataset baserat på fulltextsökningar av Högsta domstolens domskäl i samtliga avgöranden för utvalda år (sekundärsetet).²⁵

3 Aktivistisk eller bara aktiv?

Vi kan härvid inledningsvis konstatera att Högsta domstolen över tid konsekvent och förhållandevis kraftigt ökat sitt bruk av rättspraxis som rättskälla. Som framgår av figur 1 nedan har det genomsnittliga antalet referenser till tidigare avgöranden per HD-avgörande ökat linjärt över tid.²⁶ Detta är emellertid inget nytt fenomen. Mellan 1981 och 1988 refererade Högsta domstolen tämligen konstant till omkring 0,5 tidigare avgöranden per avgörande. Sedan 1989 har dock antalet referenser följt en jämn och tydlig utveckling. Under senare tid refererar ett genomsnittligt HD-avgörande till cirka 3,0 tidigare

²³ Alec Stone Sweet & Margaret McCown, "Discretion and Precedent in European Law", i *Judicial Discretion in European Perspective* (Ola Wiklund red., Wolters Kluwer 2003) s. 84, på s. 96–97.

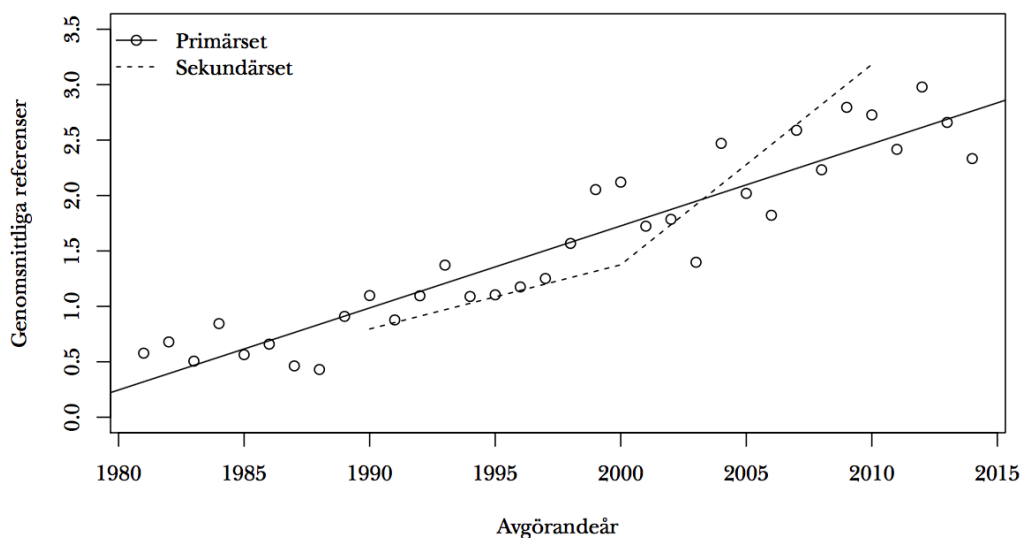
²⁴ Angående datasetet, se också Mattias Derlén & Johan Lindholm, "Festina lente — Europarättens genomslag i svensk rättspraxis 1995–2015", *Europarättslig Tidsskrift* 2015 s. 151.

²⁵ De utvalda åren är 1990, 2000 och 2010. Det bör härvid uppmärksammas att vi här räknar det totala antalet referenser per dom till olika rättskällor (rättspraxis samt förarbeten), inte unika referenser. Till skillnad från jämförelser mellan olika år inom ett och samma dataset är det därför inte lämpligt att jämföra värdena i dataseten sinsemellan.

²⁶ Best fit slope = 0,047. $p < 0,001$.

avgöranden²⁷ och det finns inte några tecken på att denna utveckling håller på att avstanna.

Figur 1. HD, genomsnittligt antal referenser till rättspraxis per år



Den observerade ökningen av det genomsnittliga antalet hänvisningar skulle kunna vara hänförligt till ett fåtal avgörande. Det skulle således kunna vara så att rättspraxis blivit viktigare som rättskälla men endast i vissa typer av mål.²⁸ Det skulle i så fall tala mot att domstolens metod i grunden förändrats. Givet att Högsta domstolen under senare år avgivit ett antal tämligen kontroversiella domar, inte minst avseende grundläggande rättigheter,²⁹ kan detta framstå som en rimlig förklaring.

För att undersöka detta använder vi som ett alternativt mått på rättspraxis betydelse som rättskälla hur stor andel av avgörandena under en viss period som innehåller minst en referens till rättspraxis.³⁰ Som framgår av figur 2 nedan visar detta mått på i princip samma utveckling som den ovanstående. Mellan år 1981 och 1988 innehöll mindre än 40 % av Högsta domstolens rättsfall referenser till rättspraxis, men från och med år 1989 har detta ökat linjärt och ligger under senare år strax under 80 %.³¹

Denna tydliga utvecklingstrend över tjugofem år och tusentals avgöranden visar att Högsta domstolens ökade bruk av rättspraxis inte kan hänföras till ett fåtal avgöranden³² utan att det handlar om en mer övergripande förändring. Att fyra utav fem HD-avgöranden innehåller

²⁷ Värdena enligt primärsetet. Det är värt att här framhålla att det handlar om antal referenser till unika avgöranden, inte antalet avgöranden.

²⁸ Det faktum att utvecklingen är stadig över lång tid talar emellertid mot att rättspraxis endast används i större utsträckning i vissa enskilda mål.

²⁹ Se exempelvis NJA 2005 s. 805, NJA 2013 s. 502 och NJA 2014 s. 323.

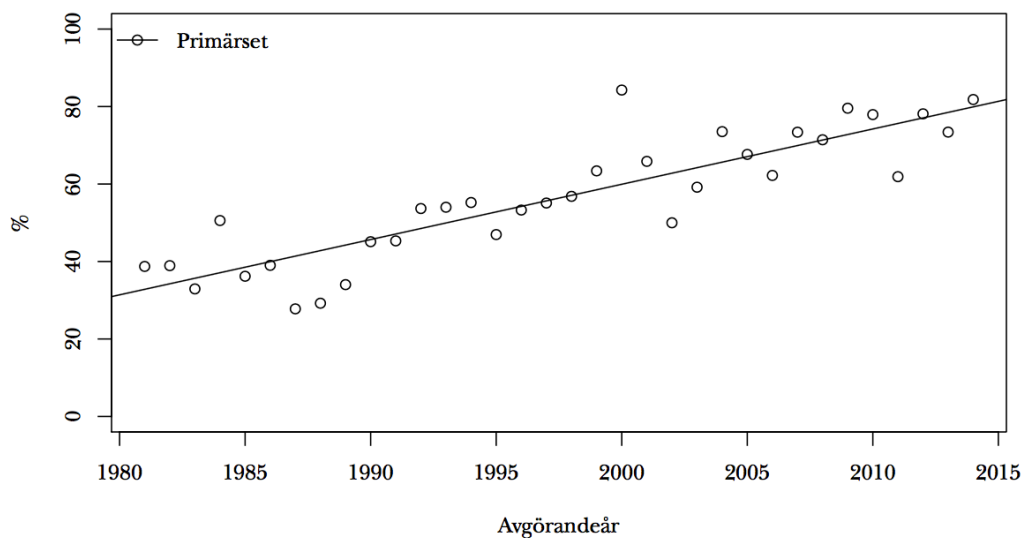
³⁰ Denna metod används bl.a. av James H. Fowler & Sangick Jeon, "The Authority of Supreme Court Precedent", *Social Networks* vol. 30 s. 16 (2008), s. 19.

³¹ Best fit slope = 1,43. $p < 0,001$.

³² Och i synnerhet inte ett fåtal avgörande under senare år.

referenser till rättspraxis talar för att Högsta domstolen numera ruttmässigt hänvisar till rättspraxis, på ett sätt som inte var lika tydligt för tjugofem år sedan, och att vi närmar oss en situation där domstolen behandlar rättspraxis som en oundgänglig rättskälla.³³

Figur 2. HD, andel mål med minst en referens till praxis per år

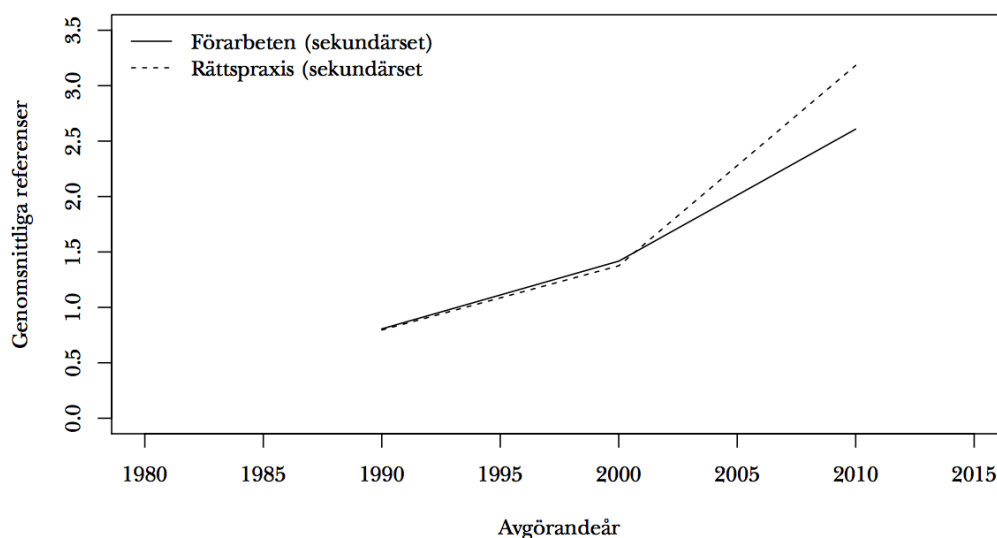


Dessa resultat, som är klart statistiskt signifikanta, är i högsta grad förenliga med den hypotes som vi uppställde ovan. Finns det då, i enlighet med denna hypotes, ett motsvarande minskat bruk av förarbeten som rättskälla under samma period? Som framgår av nedanstående figur tycks så inte vara fallet. Tvärtom tycks Högsta domstolens hänvisningar till förarbeten i huvudsak följa samma utveckling som dess hänvisningar till rättspraxis.³⁴ Det framgår förvisso att Högsta domstolens referenser till rättspraxis ökade något mer än antalet hänvisningar till förarbeten mellan år 2005 och år 2010, men det är vanskligt att dra några slutsatser av detta.

³³ Jfr. Fowler & Jeon 2008, s. 19. Se också Mattias Derlén & Johan Lindholm, "Peek-a-boo, It's a Case-law System! Comparing the European Court of Justice and the United States Supreme Court from a Network Perspective", kommande.

³⁴ Eftersom primärsetet saknar metadata för HD:s referenser till förarbeten baseras figuren på sekundärsetet. Även om vi beaktar samtliga avgöranden under de angivna åren handlar det om ett avsevärt mer begränsat antal observationer.

Figur 3. HD, genomsnittligt antal referenser till förarbeten per år



Det finns således tydligt empiriskt stöd för att Högsta domstolen förändrat sin metod över tid, men det ökade bruket av förarbeten sprider ett inte obetydligt tvivel över påståendet att det handlar om ökad judiciell aktivism. Det är svårt att förena påståendet om att Högsta domstolen generellt tar sig en större och friare roll i förhållande till lagstiftaren med det faktum att domstolen i allt större utsträckning och mer än någonsin tidigare hänvisar till förarbeten.

Den övergripande trenden är således att Högsta domstolen över tid hänvisar till både mer rättspraxis och fler förarbeten. Denna utveckling tycks sammanfalla med att Högsta domstolens domar blir allt längre.³⁵ Det är helt naturligt att det finns ett samband mellan dessa faktorer, men det är svårare att uttala sig om kausalitet. Blir domarna längre för att de innehåller fler referenser och relaterat resonemang, ökar antalet referenser eftersom domarna blivit längre och rymmer fler referenser eller styrs båda av någon gemensam bakomliggande faktor? Detta diskuteras vidare nedan.

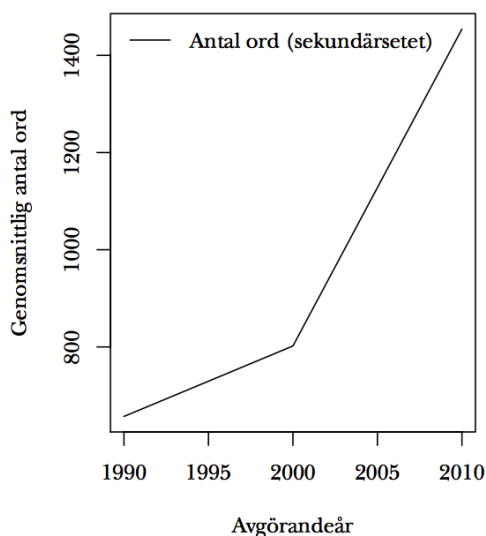
Det tycks dock som att en viktig bidragande faktor är att allt färre HD-domar består uteslutande av en samlad dom. Antalet skiljaktiga meningar per dom har ökat över tid,³⁶ vilket rimligen inte kan tolkas på något annat sätt än att Högsta domstolens ledamöter i allt mindre utsträckning är överens om centrala frågor, eller åtminstone uppfattar det som mer acceptabelt att uttrycka skillnader i uppfattning. I den mån de skiljaktiga meningarna avser hur tidigare rättspraxis ska tolkas borde deras bidrag till det ökade antalet källor emellertid vara blygsamt. Om de skiljaktiga meningarna bidrar till den ökade använd-

³⁵ Se nedan figur 4a.

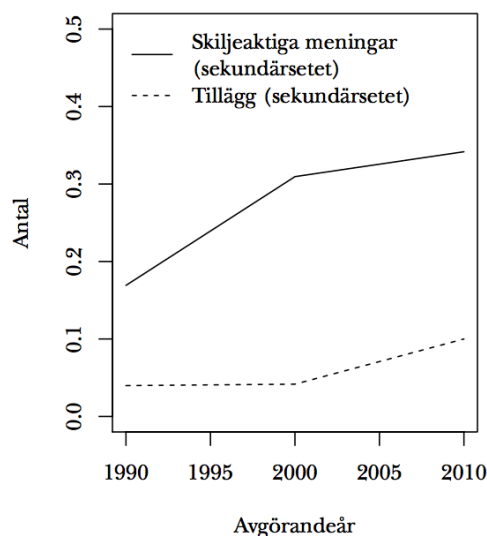
³⁶ För en diskussion om betydelsen av skiljaktiga meningar i olika rättssystem se Michael Kirby, "Judicial dissent — common law and civil law traditions", *Law Quarterly Review* vol. 123 s. 379 (2007).

ningen av rättspraxis måste det bero på att de skiljaktiga ledamöterna till stöd för sin uppfattning åberopar andra avgöranden än majoriteten. Det har också blivit allt vanligare att Högsta domstolens ledamöter utan att meddela skiljaktig mening skriver tillägg till avgörandet.³⁷ Det finns olika anledningar varför ledamöterna skriver sådana tillägg och deras rättsliga betydelse uppfattas säkerligen också olika av olika personer.³⁸ Oavsett ledamöternas avsikt är det samlade resultatet av den ökade förekomsten av skiljaktiga meningar och tillägg att Högsta domstolens rättspraxis numera ger uttryck för fler röster och resonemang än tidigare.

Figur 4a. HD, Ord inkl. majoritet, skiljaktiga meningar och tillägg



Figur 4b. HD, Skiljaktiga meningar och tillägg relativt till antalet domar



Det hela talar sammanfattningsvis för att Högsta domstolen — eller, kanske mer korrekt, kulturen, synsättet och metoderna vid domstolen — har genomgått en substantiell förändring under de senaste tjugofem åren. I mitten av 1980-talet var Högsta domstolens avgöranden förhållandevis korta, ledamöterna var förhållandevis överens om utgången och målet kunde avgöras med hänvisning till förhållandevis få rättskällor, såväl rättspraxis som förarbeten. Idag är det ovanligare att Högsta domstolen är enstämmig, domarna är längre och innehåller många gånger fler hänvisningar till rättskällor, såväl rättspraxis som förarbeten.

Dessa observationer visar tydligt att Högsta domstolen över tid genomgått en omfattande och viktig utveckling. Vi finner dock svagt empiriskt stöd för påståendet att det skulle handla om att domstolen utvecklats i aktivistisk riktning. Snarare visar vår undersökning tecken på att domstolen tydligare utvecklats mot en aktiv prejudikatinstans.

³⁷ Se nedan figur 4b.

³⁸ Se Kerstin Calissendorff m.fl., "Tillägg till Högsta domstolens avgöranden, samt något om skiljaktigheter", SvJT 2012 s. 313.

Den bild som framträder vid en empirisk granskning av HD:s praxis över längre tid ger således ett visst stöd för den uppfattning som Lindskog gett uttryck för, nämligen att Högsta domstolen över tid gått mot längre domar med utförligare och mer allsidigt belysande resonemang som öppnar för kritik och kan ”missförstås som aktivism”.³⁹

4 Förklaringsmodeller

Vad beror då denna utveckling på? Som berördes inledningsvis finns det en utbredd uppfattning att förändringen av Högsta domstolens verksamhet i stor utsträckning är hänförlig till en tilltagande europeisering eller institutionalisering av svensk rätt. Detta består framför allt av (i) att svensk lagstiftning sedan EU-tillträdet år 1995 i allt större utsträckning baseras på EU-rätt, (ii) att europakonventionen sedan samma år är inkorporerad i svensk lag, (iii) att internationella åtaganden fått ett ökat inflytande på svensk rätt och (iv) en alltmer pluralistisk eller heterarkisk rättsordning.⁴⁰

Vi ställer oss tveksamma till denna förklaring. I vart fall är det svårt att se något direkt samband mellan å ena sidan europarättens inflytande och å andra sidan den ovan beskrivna utvecklingen. De mätbara förändringarna av Högsta domstolens metod har som konstaterats ovan följt en linjär utveckling sedan slutet av 1980-talet. Vidare framgår det av nedanstående figur att referenser till unionsrättslig och konventionsrättslig praxis i stort sett endast förekommer i Högsta domstolens praxis sedan år 2005 och står för en förhållandevis liten andel av Högsta domstolens ökade antal referenser till rättspraxis. Det framstår som osannolikt att Högsta domstolen skulle påbörja en genomgående och grundläggande förändring av sin metod, och ytterst sitt förhållningssätt till lagstiftaren, på grund av ”europeisering” sex år innan unionsmedlemskapet och Europakonventionens inkorporering och femton år innan samma domstol på allvar började referera till europarättslig praxis.

Tidpunkten, i slutet av 80-talet, skulle möjligen kunna förklaras med de fällande domar mot Sverige som inleddes med målet *Sporrong och Lönnroth*.⁴¹ Dessa fällande domar bröt enligt Victor den tidigare förhärskande känslan att svensk rätt stod i god överensstämmelse med Europakonventionen och aktualiserade behovet av konventionskonform tolkning.⁴² Det finns självklart ingen anledning att betvivla Europakonventionens ökade betydelse i svenska domstolar på 1980-talet, men det innebär inte i sig en grundläggande förändring av Högsta domstolens arbetsmetod. Om denna förklaringsmodell var korrekt skulle vi rimligen se en snabbare utveckling, referenser till konvent-

³⁹ Lindskog 2015, s. 417–419, s. 419 citerad.

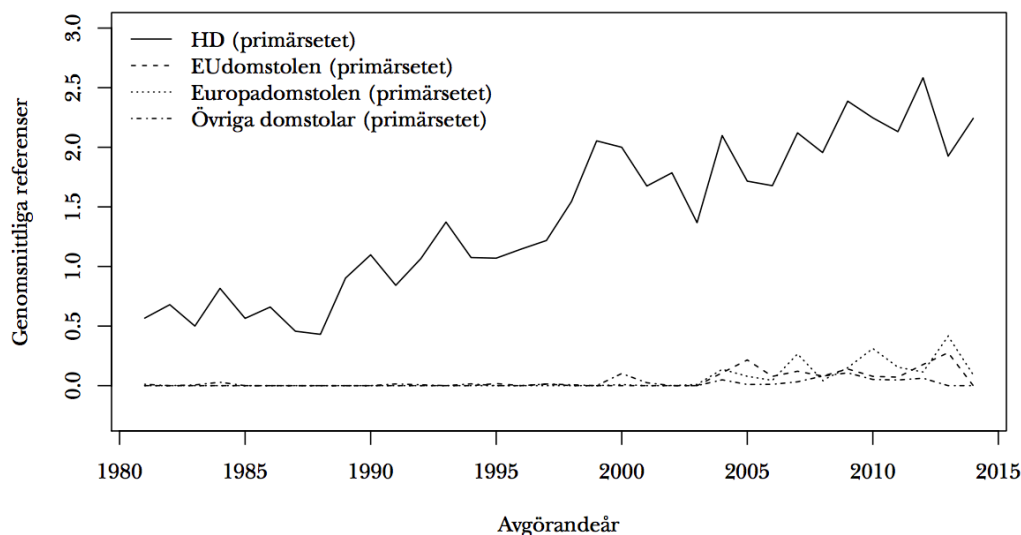
⁴⁰ Se t.ex. Wersäll 2014, s. 2–3.

⁴¹ Målet *Sporrong och Lönnroth mot Sverige* (nr 7151/75, 71527/75), domstolens dom den 23 september 1982.

⁴² Dag Victor, ”Svenska domstolars hantering av Europakonventionen”, SvJT 2013 s. 343, på s. 349–350.

ionsrättsligt material och anpassning till EU-rätten några år efter 1995⁴³ och återigen kring år 2005 när europarättsliga inslag blev vanligare i Högsta domstolen,⁴⁴ men vår data visar inte några tydliga tendenser på detta.

Figur 5. HD, referenser till rättspraxis efter domstol



En rimlig, alternativ förklaring är att utvecklingen inte ligger hos Högsta domstolen som institution utan att den beror på en tilltagande rättslig komplexitet. Denna förklaring är indirekt relaterad till europeiseringshypotesen såtillvida att den europeiska och internationella normbildningen — i form av bland annat principer, fördrag, lagstiftning och rättspraxis — i högsta grad bidrar till denna komplexitet.⁴⁵

Att den rättsliga komplexiteten ökat tycks vid en första anblick väl förklara den ovan observerade utvecklingen. Ju mer komplexa rättsfrågorna eller den rättsliga regleringen blir, desto större skillnader i uppfattning torde förekomma bland domstolens ledamöter, desto mer motiverat blir det med tillägg och desto viktigare blir det för domstolens ledamöter att föra ett utförligt resonemang med många rättskällor, både för att komma till en materiellt välgrundad slutsats och för att övertyga varandra och övrig publik.⁴⁶

Mot denna förklaringsmodell talar emellertid att det saknas antydning till motsvarande utveckling i hovrätterna. Som framgår av figuren nedan har hovrätternas genomsnittliga hänvisningar till rättspraxis och förarbeten knappt alls förändrats under den period som Högsta

⁴³ Då det i genomsnitt tar tre år från de underliggande omständigheterna för ett mål att komma till Högsta domstolen. Derlén & Lindholm 2015, s. 157.

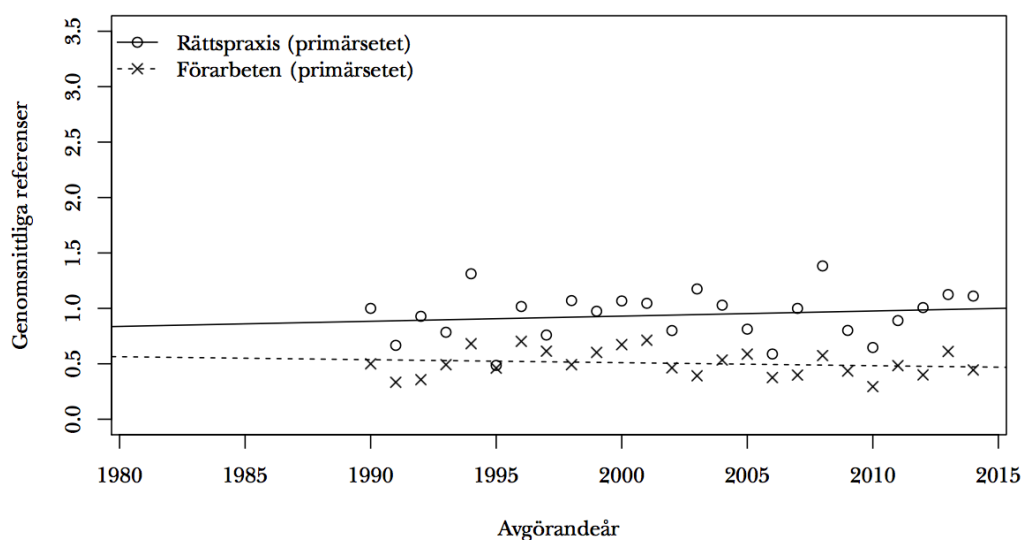
⁴⁴ Se Derlén & Lindholm 2015, figur 2.

⁴⁵ Wersäll påpekar exempelvis att internationaliseringen av lagstiftningen gjort normkonflikter vanligare. Wersäll 2014, s. 2.

⁴⁶ Jfr. Koskelo 2014, s. 638.

domstolens utveckling tog plats, utan ligger kvar på de nivåer där Högsta domstolen låg före år 1989. Eftersom hovrätterna handlägger samma typ av mål som Högsta domstolen framstår det som osannolikt att den observerade utvecklingen huvudsakligen eller till betydande del skulle bero på förändringar i det underliggande rättssystemet. Högsta domstolen har förvisso ett större ansvar för rättsutvecklingen än hovrätterna och kan rimligen förväntas pröva fler och svårare fall, men vid en studie av vägledande hovrättsavgöranden borde det åtminstone finnas en antydning till samma utveckling. Avsaknaden av sådana tendenser hos hovrätterna talar för att Högsta domstolens förändrade metod ligger hos just institutionen som sådan, inte rättssystemet mer allmänt.

Figur 6. HovR, genomsnittligt antal referenser till rättspraxis per år



En tredje förklaringsmodell som Wersäll lyfter fram men förkastar är att Högsta domstolens verksamhet är starkt påverkad av de individuella ledamöterna och att utvecklingen således är hänförlig till vissa personer.⁴⁷ Vi delar Wersälls uppfattning i denna del. Under den studerade perioden har Högsta domstolen haft fyrtiofyra justitieråd och det framstår som osannolikt att en eller ett par enskilda ledamöter skulle vara den huvudsakliga orsaken till en linjär utveckling över trettio år.⁴⁸ Det är emellertid tänkbart att enskilda individer både bi-

⁴⁷ Wersäll 2014, s. 2. Att fokusera på de enskilda ledamöternas betydelse är, från ett internationellt perspektiv, inte en ovanlig förklaringsmodell. Betydelsen av drivande ledargestalter har exempelvis betonats i diskussionen kring EU-domstolens historiska förvandling, se Ditlev Tamm, "The History of the Court of Justice of the European Union since its Origin", i *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case Law* (Springer 2013) s. 9.

⁴⁸ Det finns naturligtvis en stor nyfikenhet på enskilda ledamöters påverkan, som exempel kan nämnas en kandidatuppsats på juristprogrammet i Stockholm 2013 om Torgny Håstads gärning som justitieråd. Nisse Rosenlund Hedman, *Domaren som rättstillämpare eller rättsbildare — Justitierådet Torgny Håstads domargär-*

dragit till och attraherats av Högsta domstolens inre kulturförändring och att detta kan vara en bidragande orsak till den progressiva utveckling som vi beskrivit ovan.

Hirschl har lagt fram en teori som kan tjäna som en fjärde förklaringsmodell. Han menar att domstolars självständighet beror på förekomsten av konkurrerande, framförallt politiska aktörer.⁴⁹ En välfungerande, stark och enig politisk sfär kan kontrollera domstolarna och avhålla dem från att bli alltför självständiga och aktivistiska. Omvänt ökar politisk instabilitet och maktfragmentering sannolikheten för att domstolarna tar sig större utrymme.⁵⁰ Det kan i detta sammanhang noteras att Högsta domstolens observerade tendenser sammanfaller tämligen väl med socialdemokratins försvagade politiska ställning.⁵¹ Modellen är attraktiv, men säger i grunden egentligen bara något om det utrymme som finns för Högsta domstolens aktivitet. En försvagning av den politiska makten har gjort det möjligt för Högsta domstolen att anta en mer aktiv roll, men det är rimligen inte en nödvändig utveckling. Vi anser att maktförskjutningsmodellen måste förstås tillsammans med ytterligare en förklaring, vilken fokuserar på fullföljdsreformen 1971.

Fullföljdsreformen avsåg att renodla Högsta domstolens verksamhet genom att kraftigt begränsa de situationer då dispens kunde meddelas. Departementschefen betonade i propositionen behovet av enhetlighet och konsekvens i rättstillämpningen och förordade att Högsta domstolen ”i princip bör fungera som enbart prejudikatinstans”.⁵² De av reformen föranledda ändringarna i processordningen visade sig emellertid otillräckliga för att åstadkomma detta, vilket föranledde ytterligare åtgärder under en nästan tjugo år lång tidsperiod. I början av 1980-talet konstaterades att antalet ansökningar om prövningstillstånd ökat kraftigt och lett till en ökad arbetsbelastning för domstolens ledamöter.⁵³ Åtgärder var nödvändiga för att minska tillströmningen av ”utsiktslösa dispensansökningar”, vilket i ett första skede omfattade förenklade arbetsformer för Högsta domstolen samt tydligare krav på den sökande att motivera varför prövningstillstånd skulle medges.⁵⁴ Reformerna fortsatte mot slutet av 80-talet, bland annat infördes år 1989 möjlighet till så kallat partiellt prövningstillstånd.

ning på förmögenhetsrättens område, examensarbete i allmän rättslära, Stockholms universitet vt 2013.

⁴⁹ Tanken ansluter till det inom europeisk rättshistoria ofta diskuterade aktörspektivet, se exempelvis R.C van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History*, Cambridge University Press 1993.

⁵⁰ Hirschl 2011, s. 463–464. Se även Wiklund 2014, s. 341–342, som påpekar att lagstiftarens relativa inaktivitet på det nationella planet, vilket i sin tur kan förklaras med att betydande resurser måste läggas på det europeiska harmoniserings- och genomförandearbetet, har öppnat dörren för en förändring av Högsta domstolens roll.

⁵¹ Hirschl 2011, s. 466.

⁵² Prop. 1971:45 s. 83.

⁵³ Prop. 1980/81:154 s. 10.

⁵⁴ Prop. 1980/81:154, citatet från s. 11.

I förarbetena betonades att prejudikat var ”ett alltmer betydelsefullt komplement till lagstiftningen”, varför Högsta domstolens resurser borde utnyttjas på ett bättre sätt.⁵⁵ Sammanfattningsvis är det tydligt att 1971 års fullföljdsreform inte var tillräcklig för att åstadkomma målet med en renodlad prejudikatinstans. Detta noterades inte endast i ovan nämnda förarbeten utan också av justitieråden själva.⁵⁶ Det är därför rimligt att anta att fullföljdsreformen realiserades i Högsta domstolens verksamhet först med start på slutet av 1980-talet.

Detta överlappar på ett tydligt sätt med de utvecklingstendenser vi identifierat ovan vad gäller bruket av rättspraxis och förarbeten. I samma riktning pekar en försiktig tendens mot färre beviljade prövningstillstånd⁵⁷ samt minskningar av antalet justitieråd.⁵⁸ Sammantaget tecknas en bild av en domstol som förändrats, från en högsta överklagandeinstans som behandlar många men förhållandevis enkla mål, till en mer renodlad prejudikatinstans som behandlar färre men längre och mer komplexa mål. Detta leder i sin tur till större oenighet inom domstolen och ökat bruk av rättskällor.

5 Sammanfattning och slutsatser

Till skillnad från många inlägg i den inledningsvis refererade debatten gör denna studie inga anspråk på att uttala sig om Högsta domstolen agerat offensivt eller aktivistiskt i enskilda mål. Istället har vi undersökt om Högsta domstolen mer allmänt förändrat sin metod och därmed sin funktion i rättssystemet i förhållande till övriga aktörer.

Det får enligt vårt förmenande härmed anses klarlagt att Högsta domstolen som institution genomgått en grundläggande förändring av sin metod, med längre avgöranden och påtagligt ökat bruk av såväl rättspraxis som förarbeten, fler skiljaktiga meningar och fler tillägg. Denna förändring kan emellertid inte förklaras med den enkla etiket-

⁵⁵ Prop. 1988/89:78 s. 19–20, citatet från s. 19.

⁵⁶ Se t.ex. Johan Lind, Den högsta instansens uppgifter, främst inom prejudikatbildningen, från det 31 nordiska juristmötet i Helsingfors 1987, s. 293, på s. 297.

⁵⁷ Beslut om prövningstillstånd ingår inte i våra dataset, men tendenser till minskat antal beviljade prövningstillstånd har konstaterats av Bo Svensson, ”Målhanteringen i Högsta domstolen”, SvJT 2002 s. 657, på s. 666. Domstolsverkets officiella statistik för åren 2002–2014 (tillgänglig på <http://www.hogstodomstolen.se/Ladda-ner-bestall/Statistik/>) tecknar en något otydlig bild, men en viss tendens till färre beviljade ansökningar om prövningstillstånd kan spåras, jämfört med 90-talets siffror. Under 1990-talet uppgick antalet beviljade ansökningar under många år till 170+ (med en topp 1996 med hela 222 beviljade ansökningar), se Svensson 2002, s. 666, medan antalet under perioden 2002–2014 normalt sett hållit sig under 145, ofta påtagligt lägre, med undantag för toppår 2007 (172), 2012 (152) och 2013 (158). De mycket låga siffrorna i början av 2000-talet beskrivs av Svensson som närmast olycksfall i arbetet, Svensson 2002, s. 666.

⁵⁸ Antalet justitieråd har minskat från 22 innan fullföljdsreformen till 16 idag (varav två tjänstgör i Lagrådet). Dagens lydelse av RB 3:4, enligt vilken det ska finnas 14 ledamöter i Högsta domstolen, trädde i kraft 2004 till följd av prop. 2003/04:23. Lindblom betecknar den senare förändringen som en smygreform och påpekar att den skedde påtagligt snabbt (remisstid begränsad till en vecka) och på Högsta domstolens eget initiativ, se Per Henrik Lindblom, ”Smygreform i Högsta domstolen?”, SvJT 2004 s. 11.

ten judiciell aktivism. Som vi diskuterat ovan är påståendet om aktivism svårt att förena med det ökade bruket av förarbeten. Domstolen har blivit mer aktiv, vilket inte nödvändigtvis är samma sak som aktivistisk.

Utvecklingen kan inte heller sägas bero uteslutande på rättens tilltagande europeisering. Att europarättsliga inslag förekommer i Högsta domstolens prejudikatbildning är båda naturligt och lämpligt, men enligt vår mening sammanfaller och understödjer detta en mer allmän utveckling vid domstolen, och är inte den huvudsakliga orsaken till utvecklingen. Den bästa förklaringen till Högsta domstolens intressanta utveckling är, enligt vårt förmenade, att den till slut, efter mer än fyrtio år, närmar sig målen med 1971 års fullföljdsreform och alltså blivit en tydligare och aktivare prejudikatinstans. I denna sin roll är det naturligt att domstolen arbetar på ett nytt sätt, vilket i sin tur ökar "risken" för kontroversiella avgöranden. Det är emellertid svårt att föreställa sig att en prejudikatinstans helt skulle kunna undvika denna typ av kritik. Om målsättningen är att undkomma kritik måste man, som Elbert Hubbard påminner oss, avstå från att göra, säga eller vara något.⁵⁹

⁵⁹ T.ex. Elbert Hubbard, *Little Journeys to the Homes of American Statesmen*, volym 3 av *Little Journeys to the Homes of the Great*, Memorial Edition 1916, s. 246.