



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Charlotte Ugglå

Om skapande dömande och
rättsliga fiktioner
- en analys av konstitutionens
ramar för domstolarnas

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Gunnar Bergholtz

Ämnesområde
Processrätt

Termin
HT 1998

Innehållsförteckning

<i>Innehåll</i>	<i>1</i>
<i>Sammanfattning</i>	<i>1</i>
<i>Förkortningar</i>	<i>3</i>
<i>1. Inledning</i>	<i>4</i>
<i>2. Den svenska konstitutionen</i>	<i>6</i>
<i>3. "All offentlig makt skall utövas under lagarna"</i>	<i>11</i>
3. 1. Rättskällorna	14
3. 1. 1. Förarbeten	15
3. 1. 2. Prejudikat	16
3. 1. 3 Slutsats	18
<i>4. Dworkin och Hart om rätten och domstolens agerande i svåra fall</i>	<i>19</i>
4. 1. Dworkins teori	19
4. 2. Harts teori	23
<i>5. Rättsfallsanalys -skadeståndsrätten</i>	<i>25</i>
5. 1. Produktansvar	25
5. 2. Beviskrav	32
5.3. Strikt skadeståndsansvar	37
<i>6. Sammanfattande analys</i>	<i>39</i>
<i>7. Käll- och litteraturförteckning</i>	<i>47</i>
7.1 Litteraturförteckning	47
7.2 Rättsfallsförteckning	49
7.3 Offentligt tryck	49

Sammanfattning

Min uppsats behandlar både frågan vad en domare *får göra* och vad han eller hon i realiteten *gör*. Jag börjar med att ge en bild av vad vår konstitution ger domare och lagstiftare för funktioner och vilka ramar som den offentliga makten skall arbeta inom. Domarna skall som den övriga offentliga makten lyda under *lagarna*. Jag undersöker i min uppsats spänningsmomentet mellan att man i konstitutionen endast benämner det domarna får använda sig av, d v s rätten så som ”*lagarna*” medan merparten av doktrinen och domarna själva anser att även andra rättskällor innefattas under begreppet. Jag anser efter att ha viktat *rättsstatsprincipen* mot principen att domaren inte kan förvägra parterna rättvisa, principen om *non liquet* att domarna inte endast har lagarna att tillgå i sin dömande verksamhet, utan att begreppet lagarna även innefattar övriga rättskällor. När det gäller domstolens agerande inom skadeståndsrättens område fann jag att principen om non liquet vägde tyngre och att andra rättskällor än lagen också bör användas. Det finns dock fall där domstolens handlande inte är legitimt i och med att de går utanför rättskällorna, eller med andra ord *rätten*. Denna fråga om vad rätten är, har livligt diskuterats och diskuterats fortfarande. Hart och Dworkin, vår tids stora rättsfilosofer har båda teorier på området. Dworkin menar att rätten inte endast utgörs av lagarna utan även av rättsprinciper. Domaren använder sig både av rättsprinciper men också i vissa fall av rättspolitiska argument när de avgör ett fall. När domaren i ett fall måste välja mellan en rättsprincip och ett rättspolitiskt argument har dock rättsprincipen trumf. Hart å sin sida anser att endast rättsregler är en del av rätten men att domstolen i s k svåra fall får använda sig av skön för att kunna döma, om språkets öppna vävnad omöjliggör en direkt tillämpning av lagen. Jag ser rättsprinciper som en del av rätten, medan rättspolitiska argument som inte har någon anknytning till förarbeten faller utanför denna definition. Jag har i uppsatsen gjort en rättsfallsanalys på skadeståndsrättens område. Där har jag funnit att domaren i vissa fall har gått utanför rätten då de inte har använt sig av rättskällor i sina argument. HD har i alla de undersökta fallen låtit rättspolitiska avväganden såsom t ex konsumenthänsyn gå före

rättsprinciper, t ex culpaprincipen. Detta innebär att domstolen har använt sig av argument som varken är tillåtna enligt svensk rätt eller enligt Dworkin och Hart. Det finns två sätt att hantera att man har handlat utanför lagen och drivit rättspolitik i form av kollektiva mål. Den ena formen är att vara öppen med sitt handlande och den andra är att använda sig av fiktioner för att dölja sina förhållanden. Domstolen har i dessa fall valt att använda sig av fiktioner och inte varit öppna med att de har skapat rätt. Jag anser att det hade varit bättre om domstolen hade valt den andra vägen och varit öppen med sina motiv. Denna öppenhet hade underlättat en diskussion om hur vida konstitutionens ramar borde vara. Författningen är kanske som den ser ut i dagsläget omöjlig att följa för domarna och borde därför i förlängningen ändras för att bli det levande dokument som en författning alltid borde utgöra.

Förkortningar

Brb	Brottsbalken
HD	Högsta domstolen
PAL	Produktansvarslagen
RegR	Regeringsrätten
RF	Regeringsformen
RB	Rättegångsbalken

1. Inledning

Vårt lands konstitution stadgar i 1 kapitlet 1 § 3 stycket att ”all offentlig makt skall utövas under lagarna”, enligt vad som brukar kallas *legalitetsprincipen*. Det är vårt lands konstitution som sätter upp ramarna för domstolarnas dömande verksamhet. Är den svenske domarens agerande i alla fall legitimt, följer domaren lagen i sin yrkesverksamhet, eller går de utanför sin roll som dömande instans och tangerar den lagstiftande verksamheten. Om domaren inte håller sig inom dessa ramar missbrukar de den makt som givits dem. Han bryter då mot legalitetsprincipen som finns för att i en rättsstat skydda sina medborgare mot maktmissbruk. Det skall finnas förutsägbarhet, följdriktighet och förbud mot retroaktivitet i ett rättssystem. Detta är de rättsstatsprinciper som sätter gränser för domstolens agerande.

I min uppsats tänker jag diskutera vilken makt som har tilldelats domstol respektive lagstiftare, d v s deras olika funktioner i statslivet. Jag kommer att försöka utröna vad som skall anses innefattas under begreppet ”lagarna”, med andra ord vilka rättskällor som domstolen får använda sig av i sin dömande verksamhet. I enkla fall kan domaren direkt applicera lagen och det föreligger ingen risk för att domaren skulle gå utanför denna, därför studerar jag istället de svåra fallen där man inte längre kan tillämpa lagen mekaniskt för att döma i ett mål. Det är oklart vad rättsbegreppet innefattar och för att ytterligare belysa detta problem behandlar jag rättsfilosoferna Dworkin och Hart som med sina teorier har givit två av de mest kända förslagen på vad rätten skall sägas innehålla, och hur och varför en domare skall agera på ett visst sätt i svåra fall.

Bergholtz menar att legalitetsprincipen i RF innebär att domare måste motivera sina domslut.¹ Detta eftersom man skall kunna kontrollera om de har utövat sin makt under lagarna. Domsmotiveringen skall så att säga stå som

bevis för att domarna har följt lagen. Hur vida ramarna för domstolens handlande är varierar inom olika rättsområden.² Exempelvis inom straffrätten eller skatterätten måste domaren enligt legalitetsprincipen ha lagstöd för att utdöma straff eller besluta om skatt. En enskild person har ansetts behöva ett större skydd när dennes motpart är staten än när den är en annan enskild person. Därför har domstolen inom t ex skadeståndsrätten ett större utrymme för utveckling i rättspraxis. Jag har därför valt att undersöka rättsfall ur skadeståndsrätten och försöka att ur domskälen utläsa om domaren håller sig till lagen eller inte. Eftersom HD är den prejudikatsbildande instansen i landet kommer jag endast titta på avgöranden från denna.

Jag har också valt att i de fall då domstolen inte håller sig inom sina av författningen givna ramar titta på om det klart ur domskälen går att utläsa om domstolen har skapat rätt eller om den har använt sig av fiktioner

I övrigt berör denna uppsats inte de fall då riksdag har delegerat ”lagstiftningsmakt” till domstolarna som i fallet med ramlagar, eller de fall då förarbetena lämnar öppet för domstolarna att reglera en fråga. Uppsatsen diskuterar endast fall där lag ännu ej har stiftats för att lösa domstolens problem.

¹ Bergholtz, s. 97

² Hellner, s. 86

2. Den svenska konstitutionen

Ett lands konstitution innefattar de regler som gäller för dess statskick. Dessa regler kan vara skrivna eller oskrivna men oftast innefattar en författning både kodifierade och oskrivna regler medan proportionerna av respektive sort varierar i olika ländernas statskick. I Sverige har vi till största delen en skriven författning, som dock kompletteras med oskrivna regler såsom t ex de beslutsformer som tillämpas inom regeringen. Det engelska statskicket brukar sägas vila på en oskriven författning men det finns ändå skrivna regler genom de parlamentsbeslut som tagits på området.

Författningen föreskriver hur folkrepresentationen, regeringen och domsmakten skall utses och vad vart och ett av dessa organ skall besluta.³ Författningen ger därmed förutsättningarna för ett besluts legitimitet. Alla offentliga beslut måste ytterst vila på författningen; den kan sägas forma dessa organs spelregler.

Sverige har sedan mitten av 1300-talet haft en skriven och sammanhållen författning.⁴ Vår nuvarande författning tillkom 1974 och den bygger på *folksuveränitetsprincipen*. Denna princip fastslås i 1 § RF där det stadgas att all offentlig makt utgår från folket. Författningen är monistisk så till vida att parlamentarismen har övertagit maktindelningens plats och riksdagen är ensam lagstiftare, vilket slås fast i RF 1:4. Men i praktiken tillkommer praktiskt taget alla nya lagar efter förslag från regeringen.

De allmänna domstolarnas uppgifter utgörs i stora drag av att skipa rättvisa mellan enskilda individer och att tillämpa strafflag.⁵ I 1:1 sista stycket RF stadgas att den offentliga makten skall utövas under lagarna. Denna princip kallas legalitetsprincipen och grundlagsstiftarna har härmed velat ge uttryck för

³ Holmberg/Stjernquist, s. 16

⁴ A.a. s. 23

⁵ A.a. s. 203 f

att Sverige är en rättsstat.⁶ Eftersom domarna i sin verksamhet utövar en form av offentlig makt inkluderas även dessa i legalitetsprincipen. När domstolarna löser rättstvister mellan enskilda respektive mellan staten och enskilda måste de alltså hålla sig till lagarna. Detta tredje stycke i 1 kapitlet 1§ i RF utgör därför en viktig garanti för att Sverige är och skall förbli en rättsstat.

Domstolarnas verksamhet kontrolleras både genom interna och externa granskningsmetoder. Den externa kontrollen utövas av Justitieombudsmannen och Justitiekanslern. De granskar alla myndigheter och har befogenheter att åtala domare för brott i tjänsten. Rättsväsendet kontrolleras dock huvudsakligen genom att domstolar granskar andra domstolar, en intern kontroll som existerar på grund av domstolsväsendets instansordning.⁷

Grundlagen ger skydd för domare mot avsked och annat skiljande från tjänsten. En ordinarie domare är enligt 11:5 RF i princip oavsättlig. En domare får endast avskedas om han eller hon genom brott eller grovt åsidosättande av tjänsteåligganden har visat sig uppenbart olämplig att inneha tjänsten eller om han eller hon har uppnått pensionsålder.

Det finns också ett straffrättsligt ansvar för brott i tjänsten. I BrB 20 kapitlet 1 § stadgas att om en offentlig tjänsteman uppsåtligen eller av oaktsamhet vid myndighetsutövning genom handling eller underlåtenhet åsidosätter vad som gäller för uppgiften skall denne dömas för *tjänstefel* till böter eller fängelse i högst två år. Om brottet bedöms som grovt kan fängelse upp till 6 år utdömas. Även om reglerna existerar är det få som döms för tjänstefel. I Sverige kan t ex åsidosättandet av en bindande rättskälla anses som tjänstefel.⁸ Detta gäller ej för rättskällor som bör eller får tas upp av domaren.

Den direkta regleringen av domstolsorganisationen i författningen är knapphändig. De enda domstolar som omnämns i RF är HD och RegR. Enligt RF 11:4 skall i lag föreskrivas om domstolarnas rättsskipningsuppgifter och

⁶ Sterzel, s. 109 f

⁷ Peterson, s. 90

⁸ Peczenik, m fl, s. 148

huvuddragen i deras organisation. Enligt 11:2 får inte riksdagen ge direktiv om hur domstolen skall döma i ett enskilt fall och riksdagen får inte heller i efterhand blanda sig i ett domstolsavgörande.⁹ Riksdagen får med andra ord inte göra sig till en överinstans i förhållande till HD eller någon annan domstol. Genom 11:2 och regeln i 11:5 som stadgar att domaren i princip är oavsättlig får domstolarna ett visst mått av självständighet gentemot riksdagen.

Enligt folksuveränitetsprincipen utövas som ovan sagts den främsta makten av riksdagen och domstolarna skall enligt grundlagspropositionen endast verkställa föreskrifter som beslutats av riksdag och regering.¹⁰ Härmed slog grundlagsstiftarna uttryckligen fast att domstolarna endast är ett verkställighetsorgan.¹¹ I propositionen poängteras emellertid också att domstolarnas rättsskipande verksamhet är ett mycket viktigt element i samhället.¹² Därför betonade man att det också i fortsättningen skulle finnas garantier för att domstolarna skulle kunna agera självständigt (RF 11:2 och 11:5) och på så sätt upprätthålla en rättsstat. Enligt Petrén ligger det ett spänningsmoment i att domstolen å ena sidan *endast* skall verkställa riksdag och regerings beslut och att de samtidigt skall inta *en självständig ställning*.¹³ Det spänningsmoment som Petrén diskuterar är dock enligt mig inte något stort problem i realiteten. En domstol kan vara självständig i sin verksamhet och ändå följa lagarna, d v s verkställa riksdag och regeringsbeslut. När domaren inte får ett klart svar av lagen kan han tolka denna för att få vägledning till sitt beslut. En lag kan nästan aldrig tillämpas direkt efter sin ordalydelse utan måste tolkas på något sätt. Då domstolen tolkar lagen följer den också densamma. När domstolen försöker tolka lagen använder den sig av olika övergripande tolkningsprinciper.¹⁴ Det finns två skilda teorier om lagtolkning representerade i Sverige i dag, nämligen den teleologiska teorin och sammanläggningsteorin. Den teleologiska teorin företräddes av Ekelöf och går ut på att föra all tolkning tillbaka på en enhetlig princip, nämligen att lagens *ändamål* måste vara

⁹ Holmberg/Stjernquist, s. 206

¹⁰ Prop. 1973:90 s.233

¹¹ A.a. s. 156

¹² A.a. s. 380

¹³ Petrén, s. 8

¹⁴ Hellner, s. 63 f

avgörande för dess tolkning. Ekelöf menar med andra ord att domaren måste tillämpa de materiella reglerna på ett sådant sätt att ändamålet med dess regler blir förverkligat.¹⁵ Den andra och nyare uppfattningen är att lagtolkningen sker genom en sammanvägning av ett antal olika faktorer som måste tas i beaktande samtidigt.¹⁶ I Sverige representeras denna linje främst av Peczenik. I och med denna tolkande verksamhet verkställer alltså domstolarna riksdags och regerings beslut. Jag tolkar därför grundlagen på så sätt att domstolarna skall vara självständiga i sin verksamhet som dock skall utövas under lagarna.

Petrén anser att grundlagsberedningen ville förklara allt genom att hänvisa till folksuveränitetsprincipen istället för att som är brukligt vid utformningar av grundlagar ägna tid åt det statsrättsliga systemets uppbyggnad och bearbetning av de teoretiska principer med vars hjälp de olika offentliga funktionerna hålls isär. Domstolen ges en tveeggad uppgift som inte är tillräckligt genomtänkt och grundlagsberedningen lägger en skugga över denna kluvna verksamhetsinriktning genom ett ständigt hänvisande till folksuveränitetsprincipen.

I en parlamentariskt styrd stat har problemet med funktionsdelning inte samma signifikans som i en konstitutionell monarki eller i en stat styrd med en fristående verkställande makt.¹⁷ I en parlamentariskt styrd stat ligger makten hos medborgarnas representanter i parlamentet och grundlagen har inte som uppgift att skapa en balans mellan den lagstiftande och verkställande makten. RFs funktion är istället att fördela funktionerna på ett sådant sätt som fyller de praktiska krav som grundlagsstiftaren ställer. Bergholtz menar att rena arbetsfördelningsskäl, d v s institutionella grunder kan åberopas för en arbetsdelning mellan lagstiftare och domare.¹⁸ I en parlamentariskt styrd stat som Sverige kan man istället fråga sig hur stor makt domstolarna *kan ha* för att landet fortfarande kan sägas styras av folksuveränitetsprincipen. Makten skall

¹⁵ Ekelöf, s. 69

¹⁶ Hellner, s. 63

¹⁷ A a, s. 147

¹⁸ Bergholtz, s. 370

ju utgå från folket, d v s riksdagen och om domstolarna får för stor makt frångås ju denna tanke.

Den enda gång som domaren får agera över lagarna (dock ej över grundlagen) är i den s k lagprövningsrätten.¹⁹ Bestämmelsen finns stadgad i RF 11:14 och gäller för två fall: om en föreskrift till sitt innehåll står i strid med en bestämmelse i en överordnad författning, eller om ”stadgad ordning” i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid författningens tillkomst. Om något av dessa fall föreligger skall föreskriften inte tillämpas. Gäller lagprövningen en föreskrift som antingen riksdag eller regering har beslutat så måste felet dessutom vara *uppenbart* för att man inte skall åsidosätta föreskriften.

¹⁹ Holmberg/Stjernquist, s. 215

3. “All offentlig makt skall utövas under lagarna”

Konstitutionen gäller som en yttersta ram för hur stort handlingsutrymme en domare innehar i sin yrkesutövning. Devisen ”All offentlig makt skall utövas under lagarna” gäller i högsta grad för vårt lands domare. Hur skall då denna princip tolkas? Vad menas med att makten skall utövas under *lagarna*. Vad får domaren använda sig av för källor i sin dömande verksamhet? Innefattar detta begrepp rättskällorna i sin helhet eller precis bara vad som sägs: de i vårt land konstitutionsenligt antagna lagarna? Här kommer man in på frågan om *vad rätten är*. För att svara på denna fråga är det viktigt att veta vad som enligt författningen innefattas i begreppet lagarna. Slutligen blir det alltså en fråga om domarnas handlande är legitimt eller inte.

I grundlagspropositionen sägs att domstolen skall handlägga ärenden, träffa avgöranden och i övrigt handla i enlighet med *rättsordningen*.²⁰ Och med rättsordningen avses det som framgår ur grundlagarna, men även ur andra lagar, förordningar, föreskrifter och rättsregler. Departementschefen säger att genom att man särskilt har stadgat att domstolarna är bundna av rättsordningens regler vill man framhålla att det är framträdande för det svenska folkstyret är att det underkastar sig *lagens band*. Lagstiftaren verkar med andra ord mena att ”lagbegreppet” endast avser innefatta lagar, förordningar, föreskrifter och rättsregler. Petrén anser också att begreppet *lagarna* skall tolkas mer bokstavligt, p g a att vi lever i en folksuveränitets demokrati.²¹ Petrén anser att vi inte lever i ett rättssamhälle utan istället i ett lagsamhälle. Begreppet *lagarna* anses dock i grundlagskommentaren inte innefatta att domarna måste ha ett absolut stöd i skrivna bestämmelser.²² Även en maktutövning i enlighet

²⁰ Prop. 1973:90, s. 288

²¹ Modéer, s. 74

²² Petrén & Ragnemalm, s. 18

med fasta sedvanerättsliga regler är förenligt med paragrafen. Också Bergholtz räknar även de andra rättskällorna till att omfattas av lagbegreppet.²³

Det finns alltså olika ståndpunkter om vad som skall innefattas i lagbegreppet. Frågan om vad som är rätten är svårfångad och går inte att fullständigt besvara inom ramen för detta arbete. Om man försöker att bortse från denna stora fråga är det ändå intressant att titta på denna oenighet och vad den leder till. Det finns så att säga en ”lucka i lagen”, domarna vet inte hur de skall hantera ett svårt fall eftersom ramarna för deras handlande inte klart är utstakade.

För att lösa detta problem anser jag att man måste utgå ifrån vilka tankar som ligger bakom legalitetsprincipen, men man måste också ta i beaktande att domaren är tvungen att avkunna dom i ett mål. Dessa två olika skäl står så att säga emot varandra då det gäller vad för slags källor domaren skall tillåtas använda sig av i sin dömande verksamhet. Problemet med om domaren håller sig inom sina konstitutionsenliga ramar uppstår endast i *svåra fall*. Med ett svårt fall menas fall som inte lätt kan avgöras genom att man tillämpar lagen då den innehåller en lucka. I fall då lagen klart är tillämplig, d v s i de flesta fall, behöver domaren inte fundera på hur han skall lösa problemet utan behöver i princip endast tillämpa lagens bokstav. Hur långt får då en domare gå i ett svårt fall och vad för några källor får de använda sig av? Frågan om vad rätten är ställs på sin spets när det gäller åsikten om vad en domare bör göra i ett sådant fall.

För att en stat skall räknas till en rättsstat skall den offentliga makten som ovan sagts utövas under lagarna, eller som Peczenik säger ”inom en rättslig ram”.²⁴ Maktutövningen skall vara förutsägbar och inte godtycklig. Peczenik anser att all statlig maktutövning på något sätt måste lyda under regler och om alla regler om maktutövning försvinner, upplöses staten. Detsamma sker om lagen konsekvent bryts av myndigheterna. Legalitetsprincipens grund ligger i att skydda ett lands medborgare från ett laglöst våld, maktmissbruk. Då myndigheterna följer lagarna uppkommer en förutsägbarhet i deras

²³ Bergholtz, s. 97

beslutsfattande. Denna form av förutsägbarhet kallas *formell rättsäkerhet*. Denna formella rättsäkerhet finns i och med legalitetsprincipen i vår svenska konstitution. Att reglerna som skapas i en stat inte får ha vilket innehåll som helst, kallas *materiell rättsäkerhet*. De regler om mänskliga fri- och rättigheter som finns i konstitutionen gör att Sverige kan ses som en materiell rättsstat.²⁵ En stat där domstolarna innehar någon slags form av självständighet är också viktig för en rättsstat. Dessa tankar framfördes av Montesquieu på 1700-talet. Våra domstolar är trots att vår konstitution bygger på folksuveränitetsläran oavhängiga i den mån att riksdag eller regering inte i det enskilda fallet får gå in och bestämma hur en domstol skall döma (11 kapitlet 2 § RF).

Domare har till sin uppgift att utröna vad som innefattas i rättsbegreppet då man löser tvister mellan enskilda, eller mellan staten och enskilda. I sin tvistlösande verksamhet skall de tillämpa lagbestämmelser som har antagits på ett författningsenligt sätt i deras respektive land. I ett modernt samhälle som vårt, som ständigt förändras kan det innebära betydande svårigheter eftersom lagen inte kan vara heltäckande och är oftast inte heller avsedd att vara det. Det finns många olika skäl till varför ett rättsområde saknar regler för varje tänkbar situation.²⁶ Dessa kan vara t ex ny teknik, nya kontraktstyper, eller i övrigt snabb samhällsutveckling. Denna utveckling ställer ständigt krav på en dynamisk rättstillämpning.

En domare måste döma i ett mål och dessutom motivera sitt domslut; domen får med andra ord inte utmynna i *non liquet* (det är oklart vilken av parterna som har rätt).²⁷ Domaren kan utveckla lagen snabbare än vad lagstiftaren är förmögen till, och detta kan vara en stor fördel när samhällsutvecklingen går snabbt. Det skiljer mellan olika slags rättsområden hur stark legalitetsprincipen bör vara. Då en domare i ett skadeståndsrättsligt fall inte har lagtext som de kan tillämpa måste han eller hon ändå döma. På civilrättens område blir rättsstatsargumentet dock inte lika starkt eftersom det rör tvister mellan

²⁴ Peczenik, s. 50

²⁵ A.a. s. 60

²⁶ Conradi, s. 84

²⁷ Hellner, s. 86 f

enskilda som visserligen måste skyddas från att domstolen inte utövar maktmissbruk, men traditionellt sett har det inte ansetts behöva lika starkt rättsskydd som när en person står mot staten. Legalitetsprincipen behöver därför inte vara lika stark här som till exempel i skattemål eller i brottmål, men det måste dock finnas ett visst mått av rättssäkerhet även här. I BrB har man t o m på senare år tagit in legalitetsprincipen direkt in i balken.²⁸

Om begreppet ”lagarna” enligt författningen endast skulle betyda de författningsenligt antagna lagarna skulle det medföra att domarna i ett stort antal fall har gått utanför och går utanför vår konstitution. Varje gång som domarna använder sig av andra rättskällor än lagen skulle de enligt denna uppfattning begå tjänstefel. Även om det enligt rättsstatsargumentet är viktigt att domarna följer lagarna så skulle det vara omöjligt att kräva att de endast följde lagens bokstav, det skulle aldrig fungera i praktiken då domarna är tvungna att döma. För att kunna göra detta måste domaren i vår tid av förändring ha någonting mindre statiskt att gå efter än endast lagtexten. Bara för att de andra rättskällorna är mindre statiska än lagtexten behöver det inte innebära att de inte är rättssäkra och strider mot rättsstatsidealet. Rättskällorna måste dock vara förutsägbara eller kontrollerbara. Antagandet att lagens ord ensamt skall ange ramen för gällande rätt är allt för schematiskt och även andra rättskällor måste beaktas.²⁹ Om man anser att även andra rättskällor än lagen skall vara tillåtna att använda av domaren, d v s utgöra en del av rätten, finns det andra medel att kontrollera att dessa argument verkligen är en del av rätten.

3. 1. Rättskällorna

Rättskällorna utgörs av källor som *skall* beaktas och av källor som *bör* beaktas när domaren beslutar i ett mål.³⁰ Lagar och andra föreskrifter är de rättskällor som *skall* beaktas, medan prejudikat, förarbeten till lagen och sedvänjor *bör*

²⁸ 1 kapitlet 1 § BrB

²⁹ Schmidt, s. 272

³⁰ Peczenik, Aarnio, Bergholtz, s. 144 ff

beaktas. Det finns också rättskällor som *får* beaktas, såsom doktrin. Peczenik hävdar att rättskälleläran är mycket flexibel i Sverige. Med detta menas att alla rättsfrågor inte måste besvaras genom en hänvisning till lagtexten. Av ovan redovisade skäl framgår att domare inte endast är begränsade till att använda sig av lagtext när de skall döma i ett mål. Vilka slags rättskällor får då domare använda sig av? Jag behandlar endast två av de förutom lagtexten mest viktiga rättskällorna: förarbeten och prejudikat. Detta eftersom de intar en särställning då de används mest av domstolarna.³¹

3. 1. 1. Förarbeten

Att domaren även kan använda sig av förarbeten som rättskälla när han beslutar i ett mål kan man argumentera om. Vissa menar att man bör hålla fast vid principen att lagtexten är den exklusiva källan till rätten. Huvudskälen till detta har anförts av Herlitz och J. W. Pettersson.³² De anser att det ur förarbeten är svårt att urskilja lagstiftarens vilja, folket skall också kunna utläsa vad lagen menar ur själva lagen. Medborgarna kan ställa anspråk på att klara och lättillgängliga svar på vad lagen stadgar. Dessa argument kanske mer hade relevans i äldre tider då förarbetena inte redovisades i tryck eller i vart fall var svårtillgängliga. I dag kan medborgarna lättare ta del av detta material. Andra argument som kan användas mot att förarbetena får en alltför stor roll vid lagtolkningen är att lagstiftaren inte behöver bekymra sig alltför mycket om lagens kvalitet, eftersom han alltid kan förklara sig i förarbetena.³³

Argumenten som talar för att förarbetena skall få användas av domare är att lagtolkningens kvalitet ökar när domstolen får använda sig av alla hjälpmedel som står den till buds, d v s även förarbeten.³⁴ Genom att skriva lagtexten kort

³¹ Schmidt, s. 272

³² SOU 1947:53 s. 163

³³ Peczenik, s. 247

³⁴ A.a. s. 246

och koncist och sedan utveckla skäl och motskäl i förarbetena, kan man ge rättsordningen en ökad flexibilitet. Och eftersom de personer som är engagerade i lagstiftningsarbetet är experter, kan man antaga att dessa skäl är väl motiverade. Slutligen hittar man lagarnas ändamål i förarbeten, vilket är viktigt att ha som tolkningsgrund i fall av osäkerhet vid dömandet, då de är en produkt av den demokratiska lagstiftningsprocessen. Förarbetena används vid en *tolkning* av lagen och måste därför anses ligga inom begreppet lagarna och är alltså en del av rätten

3. 1. 2. Prejudikat

Ordet prejudikat härstammar från latinets *praejudicatum*, vilket betyder något som är avgjort på förhand. Prejudikat är ett domslut som i ett konkret rättsfall avgör en principiell rättsfråga och som därför kan bli vägledande för domslut i likartade fall. Det finns dock inga uttryckliga lagbestämmelser om att en utveckling av rätten kan ske genom domstolsavgörande. Ett följande av prejudikat ger en enhetlighet i rättstillämpningen vilket är viktigt i en rättsstat. HD förfogar som högsta instans över domare med hög kompetens, rimlig tid och ett bra underlag, vilket också talar för att den högsta instansens domar bör följas.³⁵ I RB 3:5 stadgas att en avdelning av HD inte får frångå en rättsgrundsats eller lagtolkning som tidigare varit antagen av HD. Om en avdelnings uppfattning i ett mål strider mot en tidigare antagen rättsgrundsats eller lagtolkning som HD givit uttryck för, är avdelningen skyldig att hänskjuta målet till att avgöras av HD i plenum.

I Sverige är vi inte som i common law systemen formellt bundna vid att följa föregående avgöranden i högre domstol, men i realiteten så följer lägre domstolar högre domstolars beslut i stor utsträckning.³⁶ Lagutskottet uttalade sig 1947 om prejudikatets styrka som rättsvägledning.³⁷ Man sade att det var

³⁵ Peczenik, s. 238

³⁶ Erenius, s. 128

³⁷ LU 1947:1

självklart att HD:s domar ägde en stor betydelse som vägledning för underrätterna, i synnerhet avgöranden som beslutats i plenum. Utskottet ansåg vidare att endast tyngden av de skäl som HD använde i sin domsmotivering borde vara avgörande för HD:s inflytande på rättstillämpningen i de lägre instanserna. Utskottets uppfattning godtogs av riksdagen och innebär att i princip att vilken domstol som helst kan svara för prejudikatsbildningen. Endast antagandet att en större skicklighet hos justitieråden skulle ge HD en viss särställning. Domarnas egna uppfattning i vilken mån de är bundna av prejudikat från högre instans är betydligt mer långtgående än den som lagrådet gav uttryck för 1947.³⁸ Strömholm har den uppfattningen att de lägre instanserna faktiskt är skyldiga att följa HD om inte domskälen påvisar misstag i sak, i rättsbedömning, klart förändrade yttre förhållanden, eller klart belagda värderingsförändringar.³⁹ 1971 års fullföljdsreform fick ett stort inflytande på hur rättsfallen från HD skulle betraktas. Där fastslogs att fullföljdsreglerna skulle vara utformade så att de gav största möjliga utrymme för HD att bedriva en prejudikatbildande verksamhet. Denna reform ger HD en klar särställning i prejudikathänseende.

Det finns dock skäl mot en stark prejudikatsbundenhet då detta kan leda till att HD skapar generella rättsregler och därigenom fråntar lagstiftaren en del av hans kompetens.⁴⁰ Ett samhälle där domare skapar rätt på detta sätt kan uppfattas som mindre demokratiska, eftersom domarna inte är valda av folket. Ett ytterligare skäl mot en stark prejudikatsbundenhet är att en lagregel ger ett bättre underlag än ett prejudikat för en rättssäker förutsägelse av avgöranden i framtiden.

Sammanfattningsvis kan domstolen använda sig av prejudikat eftersom det leder till en följdriktighet i rättstillämpningen. Processekonomiska skäl talar också för att prejudikat bör följas och användas som rättskälla. Domstolen behöver då endast avgöra ett fall en gång, vilket sparar tid och pengar. Omvärlden kan också inrätta sitt handlande efter prejudikatet, vilket också är

³⁸ SOU 1986:1 s. 49

³⁹ Strömholm, SvJT 1984 s. 935

⁴⁰ Peczenik, s. 238

tids- och pengabesparande. Prejudikaten kan också enligt mitt förmenande ses som en del av rätten om domaren för att komma fram till prejudikatet har använt sig av lag och förarbeten och på så sätt har *tolkat lagen*. Denna lagtolkning gör prejudikatet till en del av lagen och enligt detta synsätt använder sig domaren av lagen då de använder sig av prejudikat. Men följaktligen anser jag att domaren inte får använda sig av ett prejudikat där domaren i det prejudicerande målet inte har använt sig av tillåtna rättskällor, i dessa fall håller sig domaren inte längre till lagen.

3. 1. 3 Slutsats

Domstolen kan och bör alltså enligt ovanstående resonemang använda sig av förarbeten och prejudikat i sin dömande verksamhet. Domare har i långa tider använt sig av förarbeten och prejudikat när de har motiverat sina domslut. Detta har medfört att en sedvänja har utvecklats på området, vilket ytterligare talar för att den mening att begreppet ”lagarna” i RF 1 kapitlet 1 § 3 stycket endast omfattar författningsenligt antagen lag och förordningar som går att utläsa i grundlagens förarbeten och som förespråkas av Petréns är ofullständig.

4. Dworkin och Hart om rätten och domstolens agerande i svåra fall

Dworkin och Hart är vår tids stora rättsfilosofer. De behandlar frågan om vad rätten är, vilken ställs på sin spets när det gäller åsikten om vad en domare bör göra i ett *svårt fall*. Hur långt får domare gå i ett sådant fall och vad för några källor får de använda sig av? De flesta rättsvetenskapsmän anser att domaren tolkar lagen medan ett fåtal anser att domaren skapar lag.

4. 1. Dworkins teori

Dworkin är skolad i common law och hans teori är också präglad av detta rättssystem och av naturrättsidéer. I sin bok *Taking Rights Seriously* börjar han med att ta upp frågan om vad rätten *är* och som utgångspunkt tar han upp rättspositivisternas teori om rätten, speciellt Harts idéer.⁴¹

En grundläggande del av rättspositivisternas teori är att rättssystemet bygger på regler.⁴² Detta kritiserar Dworkin, som visar på att då domaren avgör mål, och när jurister i allmänhet argumenterar, speciellt i svåra fall, hänvisar de istället till principer och också i vissa fall till rättspolitiska överväganden. När man analyserar rätten menar han att man kan behandla rättsliga principer på två olika sätt.⁴³ Det ena, som Dworkin själv företräder, inkluderar principer som en del av den bindande rätten, som står bakom reglerna. Den andra som företräds av rättspositivisterna, anser att principer inte är bindande och att när domaren tillämpar dessa sträcker sig utanför rättens gränser. Dworkin beskriver en fiktiv

⁴¹ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 14

⁴² A.a. s. 22

⁴³ A.a., s. 29 ff

domare som han kallar Herkules, och använder honom som en idealbild av hur en domare bör vara.⁴⁴ Herkules är kompetent inom juridik, historia och filosofi och han finner alltid det rätta svaret på ett svårt fall. När Herkules skall avgöra ett svårt fall börjar han med att bygga upp en rättsteori som är både moraliskt och politiskt genomtänkt och som rättfärdigar existerande rättsregler. Resultatet kommer att bli ett komplicerat system av principer, som integreras till en enhet. Enligt Dworkin är en princip en rättslig princip om den utgör en del av vad han kallar ”den mest välgrundade teorin”. Han ställer dock två krav på denna: den skall passa in i *landets konstitutionella historia* och den skall vara baserad på *rättsliga* och *moraliska principer* samt *individuella rättigheter*. Dworkin identifierar rättsreglerna genom deras innehåll och inte genom deras härkomst som Hart gör.

Dworkin menar att skillnaden mellan en rättsprincip och en rättsregel är en logisk distinktion.⁴⁵ Regler är *exklusiva*, d v s de tillämpas på ett ”antingen...eller...”-sätt, och får således inte strida mot varandra. Om detta ändå skulle inträffa i något speciellt fall, finns det andra regler för hur situationen skall hanteras t ex *lex specialis*, *lex posterior*, eller *lex superior*. En princip däremot, anför skäl för eller emot ett visst beslut, men *kräver* inte ett speciellt beslut. Med andra ord kan principer viktas, och när dessa är motstridiga löses problemet genom att de vägs mot varandra.⁴⁶

Dworkin menar även att domare ibland använder sig av rättspolitiska överväganden och inte bara av principer när de argumenterar om juridiska rättigheter och skyldigheter.⁴⁷ Ett rättspolitiskt övervägande definieras som en slags norm som sätter upp ett mål som skall uppnås. Ofta brukar ett rättspolitiskt övervägande vara avsett att införa förbättringar inom områden som ekonomi, politik eller sociala frågor. Exempel på ett sådant överväganden kan vara att man agerar på ett visst sätt för att man vill få ner ungdomsbrottsligheten för allmänhetens bästa, *ett kollektivt mål*. Till skillnad

⁴⁴ Simmonds, s. 107 f

⁴⁵ Dworkin, Taking Rights Seriously, s. 24

⁴⁶ A.a., s.26 ff

⁴⁷ A.a., s. 22

från ett rättspolitiskt övervägande definieras en princip som en norm som skall beaktas inte för att man vill nå ett visst samhälleligt mål, utan för att det krävs att man följer den av moraliska skäl, *en individuell rättighet*. Ett exempel på en princip är ”att ingen skall få vinning genom att man gjort en orättsgärning”. Det är ibland inte så lätt att skilja på vad Dworkin menar är en princip och vad som skall ses som ett rättspolitiskt övervägande. Distinktionen mellan de två blir flytande om en princip ger uttryck för ett mål som till exempel att vi skall sträva efter ett samhälle där ingen misshandlar någon annan. Om domstolen i ett mål är tvungen att välja mellan att använda sig av ett rättspolitiskt avvägande eller en rättsprincip har rättsprinciperna företräde. Detta kallar Dworkin att rättsprinciper har ”*trumpf*” framför kollektiva mål. Denna *trumpf* motiverar Dworkin med att domare som avgör ett svåra fall med utgångspunkt i rättspolitiska överväganden och inte i principer, går utanför rätten och gör en *skönsmässig bedömning*. Skön betyder att någon blir beordrad att fatta ett beslut, som faller under regler som kommer från en auktoritet, t ex förhållandet domare – staten. Grovt sett menar Dworkin att det finns två olika typer av skön, ett svagt och ett starkt. Svagt skön innebär i en situation att reglerna av något skäl inte bara kan tillämpas mekaniskt utan kräver att man gör en bedömning. Reglerna kommer dock att styra beslutet. Den starka formen innebär att man inte är bunden av auktoriteten, i vårt fall rätten. Dworkin å sin sida förnekar inte att det behövs ett svagt skön, för att åstadkomma ett kreativt och riktigt domslut, vare sig det gäller en tillämpning av en regel eller en princip.⁴⁸ Den starka formen anser Dworkin att domaren inte får använda sig av eftersom domarna då inte genomdriver några rättigheter. Dworkin anser att den formen som rättspositivister förespråkar är denna starka form eftersom Hart anser att en domare när denna utövar skön inte är bunden av några regler eller principer utan handlar utanför lagen.⁴⁹ Rättigheter är individuella anspråk till skillnad från rättspolitiska överväganden och dessa har företräde framför de kollektiva anspråk som rättspolitiska ställningstaganden utgör. Dworkin är mycket kritisk mot rättspositivisterna åsikt att en skönsmässig bedömning är befogad. Dworkin för sin del lägger stor vikt vid individens rättigheter och vill därför inte godta skönsmässiga skäl i den dömande verksamheten. Domare kan

⁴⁸ Cotterrell, s. 171

inte grunda sin auktoritet på att de blivit vald av folket, och de skall därför inte heller implementera kollektiva mål, d v s skapa lag. Detta brukar kallas ”*demokratiproblemet*”. Att implementera samhälliga mål är strikt lagstiftarens uppgift. Dworkin anser istället att domaren skall skydda individens rättigheter mot majoritetens vilja då de inte som lagstiftare är beroende av denna. Dworkin menar alltså att domaren i varje process genomdriver rättigheter och att det inte skall finnas några starka skönsmässiga avgöranden som rättspositivisterna anser vara befogade. Hans uppdelning av rättspositivisternas skön, i svagt respektive starkt kan hjälpa oss att förstå vad han menar med att domaren alltid följer lagen. Dworkins teori kan sägas innehålla en vidsträckt form av lagtolkning, eftersom han menar att den existerande rätten alltid ger oss svar och att det inte finns något utrymme för starkt skön. Domarens roll är visserligen en kreativ roll, den är dock inte en lagstiftares. Dworkin anser att rättspositivisterna har misslyckats att ge legitimitet åt domarens agerande i svåra fall, då de enligt rättspositivisterna agerar lagstiftare.

Dworkin stödjer även sitt resonemang genom att hänvisa till kraven på *följdriktighet*. Om domaren inte följer principer, utan gör en skönsmässig bedömning i svåra fall, menar Dworkin att vi inte får någon följdriktighet, d v s att lika bedöms lika, eftersom domare i sådana fall inte har något rättesnöre utan är fria att lägga in egna värderingar och åsikter.⁵⁰ Ytterligare ett problem som uppkommer med skönsmässigt dömade, är det s k *retroaktivitetsproblemet*. Då domaren skapar lag innebär det en retroaktiv normbildning. Dworkin anser att för att undkomma dessa problem skall domaren istället tillämpa existerande rätt, vilket också inbegriper rättsprinciper.

Sammanfattningsvis finns det enligt Dworkin garantier för att ett samhälle håller sig till rätten även om man använder sig av andra rättskällor än endast lagarna. Dessa garantier kommer av att Herkules endast använder sig av principer som stämmer överens med landets konstitutionella historia och den skall vara baserad på rättsliga och moraliska principer samt individuella rättigheter.

⁴⁹ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 34

4. 2. Harts teori

Huruvida ett rättssystem föreligger avgörs enligt rättspositivisterna genom att man tittar på objektiva konstaterbara fakta, utan att göra moraliska värderingar.⁵¹ Det som kännetecknar ett juridiskt system är just denna skillnad mellan juridiska och moraliska regler. Ett samhälles juridiska regler används för att utröna vilka handlingar som är förbjudna respektive tillåtna. Ett av villkoren som Hart tar upp för att ett samhälle skall sägas innehålla ett juridiskt system är att det skall finnas *primära* och *sekundära* regler. De primära reglerna består av materiella regler, och de sekundära, formella reglerna innefattar tre olika typer. Den första kallas *igenkänningsregeln* och utpekar vilka källor som kan räknas som rättskällor, den andra och tredje regeln utgörs av *ändringsregeln* respektive *rättskipningsregeln*. Den förstnämnda stadgar hur lagen kan ändras medan den andra pekar ut vilka personer som innehar rättskipningskompetens. För att veta vilka regler som tillhör rätten i ett samhälle, dvs de primära reglerna, måste man enligt rättspositivisterna titta på de sekundära reglerna.⁵² Hart anser inte som Dworkin att allmänna rättsprinciper är en del av rätten.

Om ett problem inte uttryckligen täcks av lagen skall domaren enligt rättspositivistisk teori göra en skönsmässig bedömning. Att det är oklart om en viss rättsregel är tillämplig på ett visst fall beror enligt rättspositivisterna på den ”öppna vävnaden” som språket har.⁵³ Med öppen vävnad menas att det för varje ord finns dels ett område av klara fall som ordet utan tvekan kan tillämpas på, dels ett område av gränsfall där det inte är klart om ordet är tillämpligt. Ett exempel på att språket har en öppen vävnad är att det kan vara oklart om vad för slags djur som skall innefattas i begreppet *husdjur*. Skall en regel som rör husdjur tillämpas på grisar, ormar eller på spindlar? I dessa fall menar Hart att domaren skall använda sig av en skönsmässig bedömning för

⁵⁰ Simmonds, s. 113

⁵¹ A.a. s. 88 f

⁵² Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 17

⁵³ Hart, s. 124

att kunna döma i målet.⁵⁴ Med en sådan bedömning menas att domaren beslutar i ett mål utan att underordna sig lagen. Domstolen kommer här att ta hänsyn till rättspolitiska överväganden och också till vad som skall vara rättvist och skäligt. Följden av detta blir att då en domare använder sig av skön så driver denne inte igenom en redan existerande juridisk rättighet. I de flesta fall behövs inget skönsmissig bedömning: en hund är t ex helt uppenbart ett husdjur och regeln måste tillämpas. Det finns dock andra fall då det inte är frågan om ordet kan tillämpas i det speciella fallet, lagen täcker kanske helt enkelt inte fallet i fråga. Då lagen inte täcker fallet ifråga menar Hart att domaren inte får skapa ny rätt utan skall invänta lagstiftning på området. Hart anser med andra ord att domaren endast får ta hjälp av den skönsmissiga bedömningen då han eller hon skall tolka lagen.

⁵⁴ Hart, s. 140

5. Rättsfallsanalys -

skadeståndsrätten

Om man anser att domaren också får eller bör använda sig av andra rättskällor än lagen agerar domaren som ovan visats innanför vår konstitution. Men vad gäller i de fall då det inte finns några existerande rättskällor för domaren att använda sig av då de skall döma i ett svårt fall? Det finns varken lag och genom detta inga förarbeten eller internationella konventioner, inga prejudikat, sedvänja eller doktrin som kan vägleda domaren. Eller så kanske det finns rättskällor men som domstolen går emot. Får domstolen i dessa fall utsträcka rätten och döma utöver lag och vad som traditionellt anses vara rättskällor? Hur passar detta ihop med rättsstatsresonemanget? Domstolen har agerat så i flera fall och jag har studerat deras agerande i några skadeståndsrättsliga avgöranden.

5. 1. Produktansvar

Reglerna om produktansvar gäller ansvar för skador som levererad vara orsakar på en person eller på annan egendom än den levererade. Produktansvarslagen trädde i kraft den 1 januari 1993, men lagstiftningen täcker inte hela produktansvarsområdet t ex när det gäller skadestånd på företagsegendom är rättspraxis alltjämt avgörande.⁵⁵ Men redan innan det fanns lagstiftning tog domstolen beslut i frågor på området. Rättsfallen som jag nedan kommer att behandla visar just sådana domslut som utvecklat rätten innan någon

⁵⁵ Bengtsson, Ullman, s. 5

lagstiftning existerade på området. Jag skall i detta kapitel analysera domstolarnas argumentation och användning av fiktioner.

NJA 1977 s. 538 I det förevarande fallet köpte kärandens moder en elektrisk hårcurlerapparat. Då kärandens moder för första gången provade apparaten exploderade den och käranden skadades av en plastliknande massa som sprutades ut vid explosionen. Käranden stämde den näringsidkare som importerat produkten och fört ut den på den svenska marknaden. HD beslutade att den svenska näringsidkaren *oberoende av vållande* skulle vara ansvarig för denna skada då den brast i produktsäkerheten på ett sådant sätt att det enligt svensk rätt skulle innebära skadeståndsansvar för tillverkaren. Här införde HD utan något lagstöd ett strikt skadeståndsansvar för en importör såvitt avser tillverkarens culpa.⁵⁶ Domstolen använde sig av konsumenthänsynsargument och domen gäller också endast personskada orsakad av en produkt för konsumenter. Vad för rättskällor använde sig HD av här? Det fanns ingen lag på området, inte heller någon praxis eller sedvänja. Innan detta rättsfall hade en importör endast ett culpaansvar och att tilldöma denna strikt ansvar var inte enbart tolkning utan att skapa rätt. Vad betyder och innefattas då i termen skapande dömande? Conradi anser att de fall där domstolen frångår en allmänt accepterad uppfattning och kommer med nya juridiska lösningar, omfattas av denna benämning.⁵⁷ Detta måste närmast vara att jämföra med Dworkins definition av *starka skön* där domaren inte är bunden av några juridiska normer i sitt dömande. Dworkins definition är dock vidare eftersom en domare som frångår en allmänt accepterad uppfattning och kommer med en ny juridisk lösning ändå kan vara bunden av juridiska normer. HD gick utanför vad som är tillåtet enligt vår konstitution i och med detta handlande. Under det att HD agerade lagstiftare pågick lagstiftningsarbete på området. Domstolen skulle här ha valt att inte föra utvecklingen framåt genom att inte tillskapa denna nya rätt för konsumenter mot en importör, men valde istället att så att säga ta saken i egna händer och gå före lagstiftaren.

⁵⁶ Dufwa, JT 1989-90: 2-3, s. 232

⁵⁷ Conradi, s. 73

En regel om culpaansvar gällde som ovan sagts innan detta rättsfall för importörer. Detta culpaansvar kan sägas vara en negativ frihet att slippa ett strikt ansvar, d v s en *individuell rättighet*. I och med att domstolen inför ett strikt ansvar på läggs importören en *plikt* som han inte hade tidigare. Vad skall då konsumenthänsynen falla under enligt Dworkin, en rättsprincip eller ett rättspolitiskt övervägande? Som jag tidigare har diskuterat kan det ibland vara svårt att skilja mellan rättsprinciper och rättspolitiska överväganden speciellt då principerna ger uttryck för kollektiva mål så som att konsumenterna skall få ökande rättigheter i samhället. Konsumenter har inte insikt i tekniska frågor och för att skydda konsumenten från skador kommer HD bl a fram till att importören skall vara skadeståndsskyldig. Konsumenthänsyn kan alltså både betraktas som kollektiva samhälliga mål där konsument gruppen som helhet skall få en ökan trygghet och som en individuell rättighet där de enskilda konsumenten på grund av moraliska skäl skall få en ökad trygghet. Om konsumenthänsyn skall ses som en princip står två principer mot varandra: culpaprincipen och konsumenthänsynen. Då skall domaren enligt Dworkin vikta dessa två mot varandra för att se vilken som har företräde. Har domaren gjort detta och funnit att konsumenthänsynen väger tyngre har de agerat helt i överensstämmande med Dworkins teori. Men om konsumenthänsyn skall betraktas som rättspolitiskt argument har domarna åsidosatt rättsprincipen culpa. Domstolen resonerar i detta fall som om konsument hänsyn håller på och bör få ett större genomslag för konsumenter som en grupp och inte endast för konsumenten i det enskilda fallet. Detta tyder på att domstolen genomdriver ett kollektivt mål och inte en enskild rättighet. Enligt Dworkin skall rättspolitiska överväganden stryka på foten för rättsprinciper som har trumf. Domstolen skall inte driva rättspolitik eftersom den inte är politiskt tillsatt. Dworkin menar också att följdriktigheten och förbudet mot retroaktiv lagstiftning inte följs i fall som detta. Hart menar å sin sida att endast reglerna är en del av rätten, och att domstolen i ett svårt fall som detta skall invänta lagstiftning på området.

Rättsprinciper anses också ingå i den svenska rättsordningen. Peczenik hävdar att det finns olika slags principer: de som uttrycks explicit av lagen och de som

följer implicit av densamma.⁵⁸ När det gäller explicita rättsprinciper finns det inga problem med om de skall anses tillhöra rätten eller ej eftersom de är en del av lagen. När det gäller principer som implicit följer av lagen måste de ” hittas ” med hjälp av domarens tolkning. Jag anser att även de skall anses vara en del av rätten så länge domaren fortfarande endast *tolkar* lagen. Rättspolitiska resonemang anser jag dock inte utgöra en del av rätten. Här undantar jag förarbeten som är tankar som ligger bakom lagarna. Det är *politiska överväganden* som domarna inte skall genomdriva. Att domstolen i en parlamentariskt styrd stat driver rättspolitik är för övrigt ännu allvarligare än i en stat som bygger på maktindelning, då de enligt författningen inte innehar en så självständig ställning. I Sverige anser jag det därför vara följdriktigt att hålla med Dworkin i det att domarna får använda sig av rättsprinciper då de dömer, men inte att de får använda sig av rättspolitiska överväganden. Vi skiljer oss från Hart eftersom vi anser att även principer är en del av rätten och att domstolen inte kan använda sig av ett skönsmässigt resonemang i tolkandet av lagar, utan att domstolen även då är bunden av rätten.

Produktens skick och det faktum att den skulle användas av privatpersoner gjorde alltså att tillverkaren skulle ha blivit skadeståndsskyldig, men domstolen utsträckte i detta fall skadeståndsansvaret till att omfatta den näringsidkare som saluförde produkten på svenska marknaden på detta sätt: ”Åtminstone när det gäller en produkt för enskilt bruk *får det anses påkallat*, att en näringsidkare, som importerar en i utlandet tillverkad produkt och för ut den på svenska marknaden blir ansvarig för skada orsakad av sådana brister i produktsäkerheten som enligt det förutsagda skulle medföra skadeståndsskyldighet för tillverkaren. *En sådan ordning stämmer väl överens med senare års utveckling på konsumentskyddets och skadeståndsrättens område.*” (min kursivering). Av citatet framgår att domstolen inte öppet tillstår att den har skapat rätt. Vad den istället har gjort är att den har använt sig av fiktioner. Med ”fiktion” innebär att domare gör ett uttalande som de själva vet är falskt.⁵⁹ Dessa kan hittas i domskäl där de döljer sig bakom grammatiska förklädnader som: ”lagen presumerar”, ”det måste vara underförstått”, ”käranden måste

⁵⁸ Peczenik, s. 82

mena”, eller som i vårt fall: ”...får det anses påkallat...”, ”*En sådan ordning stämmer väl överens med...*”. Fiktioner hittas ofta i de domskäl där domaren har känt sig tvingad i någon utsträckning dölja vad han eller hon håller på med. Ihering kallade fiktioner rättens ”vita lögn”.⁶⁰ Detta uttalande är enligt Fuller mer sinnrikt än riktigt eftersom han menar att en domare som använder sig av en fiktion inte avser att vilseleda. Fuller anser att domaren aldrig försöker att vilseleda någon att fiktionen *i sig själv* är sann. Han eller hon vill dock mörkerlägga ett handlande som inte är önskvärt. Genom att i ”hårcurlerfallet” uttrycka sig i allmänna och svävande ordalag, ”*En sådan ordning stämmer väl överens med*”, döljer domarna att man inte har stöd från några rättskällor för sitt domslut. Rättsliga fiktioner visar på hur stor ordets makt är. Fiktioner är ett språkligt fenomen i den betydelsen att om ett uttalande är en fiktion eller inte är en fråga om hur korrekt språket har använts. Har språket använts på ett riktigt sätt för att beskriva verkligheten? I detta fall döljer språket att domstolen skapar rätt och språket används sålunda inte på ett korrekt sätt. Den språkliga standarden som används avgör om ett ord är korrekt använt eller inte.⁶¹

Fuller menar att en fiktion används för att förena ett rättsligt resultat med en uttalad eller förutsatt antagande som finns i rätten, t ex att domaren skall följa rättskällorna. Eftersom den dömande processen är en intellektuell process som grundar sig på antaganden så behövs fiktionerna som ett murbruk som håller samman de svaga punkterna i domarens resonemang som har lett fram till ett visst domslut. Domstolen ville i ”hårcurlerfallet” med fiktionen att ”...får det anses påkallat...” och ”*En sådan ordning stämmer väl överens med...*”, sammanfoga domslutet med antagandet att de följde lagen. Man ville göra sken av att de endast tillämpade rättskällorna.

Många fiktioner introducerade en gång i tiden en förändring i rätten, dessa kallar Fuller *historiska fiktioner*.⁶² Dessa historiska fiktioner har haft en kreativ och nyskapande funktion i rätten. Fuller frågar sig varför domstolen så ofta

⁵⁹ Fuller, s. 363 ff

⁶⁰ A.a. s. 366

⁶¹ A.a. s. 371 f

⁶² A.a. s. 518

använder sig av fiktioner för att introducera ny rätt i förklädningen av gammal rätt? Fuller anser att det är *konservatismen*, eller rättare sagt tankarna som ligger bakom konservatismen ligger bakom detta handlingsätt. Konservativa rättspolitiska motiv är en sådan historisk fiktion som utvecklar rätten. Dessa motiv innebär att domaren inte får agera lagstiftare av konservativa skäl, det skall lagstiftaren göra. Om en domare agerade lagstiftare skulle det enligt Austin uppröra lagälskande krafter i samhället och om domaren istället dolde innovationen med en anständig lögn så såg det ut som om han eller hon behandlade lagen med respekt när domaren egentligen just avskaffade den.⁶³ I ”hårcurlerfallet” skapar domaren rätt genom att gå utanför rättskällorna och lägga ansvar på importören av varan. Enligt vår konstitution får domaren inte skapa rätt, utan endast applicera rättskällor på fallet. Att öppet visa att man som domare inte följer vår konstitution skulle förutom straffansvar och ett eventuellt skiljande från tjänsten innebära att man upprörde samhällets ”lagälskande krafter”, som anser att Sverige är en rättsstat som följer legalitetsprincipen.

Men vilka lurar då domstolarna med sina fiktioner? Är det troligt att de som känner till vad lagen sade och vad fiktionen åstadkom blir lurade? Enligt Fuller är det sant att fiktionen kan fördunkla att domaren stiftat lag, men den kan inte lura någon till att tro att ingen förändring har skett i rätten. Denna typ av fiktion kan med andra ord dämpa det faktum att domaren ändrar rätten.

NJA 1982 s. 380 En lantbrukare som producerade ägg stämde sin foderproducent och påstod att producenten hade sålt hönsfoder som orsakade smakfel hos äggen, vilket gjorde att de inte kunde säljas till konsumenter. HD beslutade att lantbrukaren inte kunde grunda rätt till ersättning för liden skada på strikt produktansvar. Domstolens motivation var att svensk rätt inte innehåller någon regel om strikt produktansvar. Förslag till lagstiftning på produktansvars området har dock lagts fram men med hänsyn till detta ville HD inte som man sade ”föregripa vad en lagstiftning på området kan anses

⁶³ Fuller, s. 525

innehålla...”. I detta fall valde HD att inte skapa rätt utan att vänta på att lagstiftaren skulle ta itu med problemet.

NJA 1989 s. 389 Detta är ett rättsfall då domarna förekom en lagstiftning genom att man ålade kommunen strikt ansvar mot en lärarinna som hade ådragit sig en person skada. Hon matförgiftades efter att ha ätit mat i en skolbespisning, drivet av Stockholm stads kommun. Prejudikatet ansågs dock endast gälla för farliga livsmedel och inte för strikt ansvar gentemot andra produktskador.⁶⁴ Efter PALs tillkomst reglerar dock lagen exklusivt detta område och möjligheterna till strikt ansvar.⁶⁵

När det gäller NJA 1982 s. 380 och 1989 s. 389 har HD kritiserats för bristande konsekvens.⁶⁶ I början av 80-talet då lagstiftning på området var avlägsen införde HD inte strikt ansvar, medan man –89 när lagstiftningen var nära förestående beslutade om att strikt ansvar skulle gälla för tillverkaren av en livsmedelsprodukt. Min tolkning är att HD inte vågade att gå för långt innan lagstiftaren hade kommit närmare en lösning på problemet. Domarna försökte följa konstitutionen även om de till slut skapade rätt innan lagstiftaren hann komma till skott. HD väntade som sagt med att utsträcka ansvaret tills man visste i vilken riktning lagstiftningen lutande. Domen medförde dock problem eftersom man ursprungligen i departementet hade tänkt att det allmänna (kommunen i detta fallet) skulle undgå det strikta produktansvaret och inte omfattas av lagen.⁶⁷

I NJA 1989 s. 383 säger HD att det saknas allmänna regler om tillverkares ansvar för skador som orsakats av produkten. Man argumenterar dock i sina domskäl att man på senare tid i praxis har sett strängare på produktskador, speciellt när det gäller skador på person. I dessa fall har kravet på oaktsamhet satts lågt och ett ansvar som börjar närma sig strikt ansvar börjar se dagens ljus. Man talar också om att en liknande utveckling sker i Europa och att det i

⁶⁴ Bengtsson, Ullman, s. 18

⁶⁵ A.a., s. 34

⁶⁶ Conradi, s. 75

⁶⁷ Bengtsson, Domare och lagstiftare i samverkan och konflikt, s. 122

Sverige har antagits en produktsäkerhetslag. Domstolen säger att med bakgrund av detta ”framstår det som följdriktigt att redan nu i rättstillämpningen överväga ett strikt produktansvar på personskadeområdet”. Här antyder domstolen att de medvetet har agerat lagstiftare. Den säger dock inte det rätt ut, utan använder sig av en fiktion när de säger att: ”...*ett flertal omständigheter sägas tala för* att när det gäller livsmedel som medfört personskada ålägga tillverkaren eller leverantören ett rent produktskadeansvar. ... Vid tillverkning av livsmedel, såväl som vara som tillagad mat, kan vidare särskild aktsamhet iakttagas och sträng kontroll genomföras...”. När HD säger att ”ett flertal omständigheter kan sägas tala för” drar den i allmänna ordalag för en skuggridå för att inte visa att den har skapat rätt. HD:s domskäl är även i detta fall allmänt hållet och det är svårt att få grepp om vad den egentligen har menat.

Domstolen har även i detta fall använt sig av konsumenthänsyn (se NJA 1977 s. 538) som ett argument för att införa strikt skadeståndsansvar mot en tidigare gällande culpaprincip och samma diskussion gällande om det skall ses som en rättsprincip eller ett rättspolitiskt övervägande kan göras även i detta fall. Det argument som domstolen använde sig av är att man vill skärpa kraven på livsmedel för att konsumenter inte skall bli sjuka. Men jag anser att domstolen inte i första hand driver igenom någon rättighet, utan vill uppnå ett samhälle där ingen skadas av dåliga livsmedel, d v s ett kollektivt mål.

5. 2. Beviskrav

NJA 1977 s. 176 Fallet handlade om en bilolycka där den ena föraren dog efter en frontalkrock. Dödsboet förde talan om skadestånd mot vägverket och hävdade att kollisionen uppkom genom att den bil som kördes av den nu döde föraren, körde ner i en grop och sladdade. Vägverket gjorde invändningen att olycka kunde ha orsakats av andra tänkbara orsaker. I detta mål slog HD fast att i fall av utomobligatoriskt skadestånd där ett av flera av varandra oberoende sakförhållanden framstår som möjliga skadeorsaker skall beviskravet anses vara uppfyllt om den skadelidandes orsak framstår som klart mer sannolikt än

motpartens till skillnad från huvudregeln som säger att den som har bevisbördan för en viss omständighet skall styrka full bevisning om denna. Att föra full bevisning innebär att ett motsatt antagande i stort sett skall kunna uteslutas.⁶⁸ HDs majoritet ansåg här att sannolikheten att gropen orsakat olyckan var klart mer sannolik än att olycksorsaken varit någon annan. Ulf Nordenson som ingick i HDs majoritet anser att detta domslut innebär en klar avvikelse från vad som hittills varit den allmänt accepterade uppfattningen på området.⁶⁹ Domen inskränker sig inte till att endast ge svaret på vad som är att anse som gällande rätt utan går längre då de anvisar en ny lösning på beviskravsproblemet. Då domstolen som Nordenson själv uttrycker det ”anvisar en ny lösning” finns det ingen lag, eller i övrigt några andra rättskällor som de stödjer sitt beslut på. HD skapar med andra ord någonting som inte existerade innan detta domslut. Domstolen kunde även i detta fall ha valt att inte utveckla rätten. Om domstolen hade handlat inom sina ramar skulle de ha resonerat såsom dissidenterna Holmberg och Petrén gjorde i målet, nämligen att dödsboets talan skulle avvisas eftersom det inte kan anses utrett att olyckan orsakades av att bilen körde ned i gropen. Dödsboet hade som förut nämnts hela bevisbördan enligt den uppfattning som var den gällande innan detta domslut gavs.

Det är svårt att ur domskälen utläsa vad det egentligen var som domstolen använde som argument för att beviskraven skulle mildras. HD säger dock att i fall när flera oberoende av varandra sakförhållanden framstår som möjliga orsaker till skadan kan full bevisning i ordets egentliga bemärkelse inte åstadkommas. Man fortsätter med att säga att detta faktum dock inte skall utgöra ett hinder för att få bifall på sitt skadeståndsyrkande och efter detta tar man upp sannolikhetsresonemanget. Jag tolkar det som om domstolen i detta fall anser det vara oskäligt om käranden på grund av att sakförhållandena är så svåra att bevisa inte skulle kunna få någon ersättning. Använder den sig av ett rättighetsresonemang i Dworkins anda eller försöker den genomdriva rättspolitik? Är det en rättighet att lättare kunna bevisa ett orsakssamband eller vill HD som ett kollektivt mål göra det lättare att styrka detta samband? Jag

⁶⁸ Bengtsson, Nordenson, Strömbäck, s. 68

tolkar HDs agerande så att de vill förändra människors villkor i domstolen och göra det lättare att bevisa vissa sakomständigheter. Det blir då inte frågan om ett rättighetsresonemang utan att uppnå ett kollektivt mål. Denna bevislättning hos ena parten innebär ett frångående av en negativ frihet hos motparten, som nu måste producera ett mer sannolikt orsakssammanhang än tidigare. Denna princip får alltså vika för ett kollektivt mål i detta rättsfall.

Inte heller i detta fall deklarerar HD att den har skapat rätt utan den har istället använt sig av fiktioner. ”Om det sålunda i betraktandet av samtliga i målet förekomna omständigheter framstår som klar mer sannolikt..., *bör den skadelidandes påstående om händelseförloppet läggas till grund för domstolens avgörande.*”. Domstolen vill även i detta fall dölja för omvärlden att man har agerat lagstiftare, genom att man uttrycker sig svävande och inte klart och tydligt säger vad som ledde fram till domslutet. Domskalet är ofullkomligt skrivna, vilket också kan visa på att de egentliga domskalet kanske inte riktigt tål dagens ljus. Ett dåligt motiverat domslut är inte i sig en fiktion men den kan tala för att en fiktion föreligger. Det kan dock också självklart betyda att domare inte förmått att ge ett bra skäl till varför han valt att döma på ett visst sätt.

Ytterligare ett av de motiv som tas upp av både Fuller och Ihering för att domare använder sig av fiktioner är att det är bekvämt.⁷⁰ En förändring för ofta med sig en arbetsam justering till den nya situationen, och det är denna justering som domaren tror sig undvika med användandet av en fiktion. HD kan ha använt sig av en fiktion för att man visste att det skulle uppröra samhället om man öppet gick ut med att man här förde rätten vidare på ett sätt som endast lagstiftare brukar göra. Det kan med andra ord vara frågan om rena bekvämlighetsskäl.

NJA 1981 s. 622 Detta fall handlade om en fiskodlare som yrkade ersättning enligt miljöskyddslagen av kommunen. Hans fiskar hade dött av förgiftning

⁶⁹ Conradi, s. 76

och han påstod att de hade dött av gifter i avloppsvatten som släppts ut av kommunen. Det förelåg bevissvårigheter i fallet och domstolen uppmjukade beviskraven till att efter prejudikatet lyda: den skadelidandes påstående skall vara klart mer sannolikt än någon förklaring som lämnats av motståndarsidan och även mer sannolikt med hänsyn till omständigheterna i målet. Fiskoldlarens påstående att det var kommunens utsläpp som hade dödat fiskarna fann domstolen vara mer sannolikt än kommunens version och mer sannolikt med hänsyn till omständigheterna i målet och han tillerkändes ersättning av kommunen. Samtidigt som detta mål behandlades av HD pågick en miljöskadeutredning, där en besvärlig fråga var om man skulle uppmjuka kravet på bevisning om orsakssambandet mellan den skadegörande handlingen och skadan.⁷¹ När det gäller miljögifter är detta samband ytterst svårt att bevisa och för att skadeståndsansvaret inte skall bli tomma ord ändrade HD på beviskravet. Denna bevislättning som infördes lagfästes senare i 3 § Miljöskadelagen. I detta fall är lagstiftare och domare är i harmoni med varandra. Detta kan förklaras med att Bengtsson som var referent i målet även hade stått för lagstiftarens miljöskadeutredning.

Domstolens motivering till domslutet i detta fall stämmer väl överens med domskälen i NJA 1977 s. 176. Det är även i detta fall frågan om en rättsprincip som får stå tillbaka för ett kollektivt mål och jag hänvisar här till min diskussion då jag behandlar detta fall. I detta fall blir Dworkins tes om att domaren inte skall agera lagstiftare ställd på sin spets eftersom Bengtsson så att säga satt på två stolar och både agerade lagstiftare och domare. I ett fall som detta är det nog lätt att rollerna blir sammanblandade och att man inte tycker att det spelar någon roll när eller var *jag* inför detta nya tankesätt, i lagen eller i praxis. Det kommer ju ändå att bli samma tankesätt som till slut blir rådande. Jävsfrågan kan tas upp och diskuteras i detta fall. I Sverige har vi dock ingen jävsregel som förbjuder ett sådant handlande, men Bengtsson frågar sig själv nu i efterhand om inte en domare i en sådan situation helst borde åberopa någon självfabricerad jävsregel.⁷² Detta trots att han anser att med bakgrund av

⁷⁰ Fuller, s. 523

⁷¹ Bengtsson, Domare och lagstiftare i samverkan eller i konflikt, s. 121

⁷² A.a. s. 122

den värdegemenskap som finns mellan domare och lagstiftare har svårt att se någon principiell skillnad mellan rättsbildning genom lagstiftning och genom domstolarna.⁷³ Även i detta fall verkar praxis och lagstiftarens försök sammanfalla i tiden.

HD gick även här och skapade något utöver lag och rättskällor, detta även om en lagändring var nära förestående. Man borde ha hållit sig inom ramarna för sina befogenheter och skulle inte heller här ha infört lättnader i bevisbördan.

Det kan dock tyckas som om domstolen har använt sig av ett analogiresonemang mellan NJA 1977 s. 176 och detta fall. Jag anser dock att likheterna mellan de båda fallen inte är tillräcklig för att man skall kunna utsträcka det tidigare rättsfallet att omfatta även detta. I båda fallen föreligger problem med att bevisa ett orsakssamband, men fallen rör olika typer av skador som har olika skadeorsaker. I NJA 1977 s. 176 gäller fallet en personskada medan det i det förevarande fallet gäller en sakskada. I ”bilen i gropen-fallet” orsakas skadan av att vägverket inte skött vägen och i detta fallet av miljögifter som har en smygande effekt som är svårbevisad. Jag anser att domstolen istället för att ha använt sig av en analogi har infört ett nytt sätt att se på beviskraven i miljöskademål. Även om de har använt sig av en analogi så visar det på den gråzon som ett analogiresonemang ligger i. Att göra en vidsträckt analogi tangerar att skapa rätt istället för att tolka den.

Domstolen är inte öppna med sitt nyskapande utan använder sig av fiktioner när de i fallet säger: ” Full visshet om vad som orsakat fiskdöden kan inte nås på grundval av utredningen i fallet. Detta utgör dock inte ett hinder mot bifall till Åke B:s skadeståndstalan. I en del skadeståndsvister, där orsakssammanhanget är omstritt mellan parterna, får det anses tillräckligt för att man skall godta den skadelidandes påstående om att ett visst orsaksförlopp, att detta framstår som klart mer sannolikt än någon förklaring som lämnats från motståndarsidan (jfr NJA 1977 . 176) och därtill även i sig är sannolikt med hänsyn till omständigheterna i målet”. HD stödjer sig inte på någonting förutom en jämförelse av fallet från 1977, utan använder frasen ”får det anses

⁷³ Bengtsson, Domare och lagstiftare i samverkan och konflikt, s. 112

tillräckligt” för att snabbt sluta sig till att en bevislättning behövs. Frasen döljer att den inte har några auktoritetsskäl som den använder sig av. Istället skapar de lag och håller tyst om det. Detta fenomen har Bentham behandlat. Han anser att dessa fiktioner endast har ett syfte; ”The fiction is frequently resorted to in the attempt to conceal the fact that the law is undergoing alteration in the hands of the judges”.⁷⁴ Detta syfte, vilket framgår av citatet, är att dölja att domarna agerar lagstiftare.

5.3. Strikt skadeståndsansvar

Frågan om i vilken utsträckning strikt skadeståndsansvar kan erkännas utan stöd i lagregler är omtvistad och oklar.⁷⁵ Rättspraxis på området är oöverskådlig och de dömande myndigheterna har olika uppfattningar om saken. Det finns dock en tendens hos domstolarna att utöka det strikta skadeståndsansvaret. Karlgren tar upp denna diskussion och anser att domstolarna går vägen till strikt skadeståndsansvar genom *culpa*. Det går till på det sättet att i fall där domstolen av särskilda skäl t ex farlig verksamhet eller av billighetsskäl vill införa ett strikt ansvar fingerar man att culpa föreligger. Domaren använder sig alltså av en fiktion istället för att öppet medge att inom ett område skapar rätt genom att införa strikt skadeståndsansvar. Exempel på uttrycksätt som domstolen brukar använda sig av då man fingerar culpa är: att med hänsyn till viss bristfällig anordning, eller överhuvudtaget i förhållande till vederbörande skadegörande faktum, försumlighet ligger ”bolaget”, ”staden”, ”vägdistriktet”, ”ägarna av fabriken” till last. Exempel på denna culpa fiktion hittar vi i **NJA 1932 s. 150**. Fallet handlar om en pojke som blir skadad då han var inne i en fastighet som byggdes om och reparerades. Pojkens pappa stämmer in den ansvarige byggmästaren och yrkar att då säckarna, som pojken skadats av, var upplagda på ett mindre betryggande sätt ur säkerhetssynpunkt, borde byggmästaren bära ansvaret för olyckan och följaktligen ersätta skadan. Byggmästaren Hultman hade lämnat bygget för dagen då säckarna hade anlänt och blivit upplagda av en anställd hos en av bolagets underentreprenörer.

⁷⁴ Bentham, s. 243

Underentreprenören hade haft ett fullt självständigt uppdrag och Hultman hade inte haft möjligheten att bestämma vilka personer som skulle användas vid uppdragets utförande. Han hade inte heller fått reda på att säckarna hade fraktats till byggarbetsplatsen förrän dagen efter detta hade skett. HD kom i sitt domslut fram till att byggmästaren var ansvarig för skadan och resonerade på detta sätt i domskälen: ”...ty och *som av omständigheterna i målet tillika framginge*, att Hultman, vilken måste anses hava varit *pliktig* att övervaka, att byggnadsmaterialet inom fastigheten upplades på ett ur säkerhetssynpunkt betryggande sätt, *eftersatt denna skyldighet* med avseende å ifrågavarande säckar *och därigenom ådragit sig ansvar* för den timade skadan,...” (mina kursiveringar). HD fingerar att Hultman har förfarit culpöst men inför i själva verket strikt skadeståndsansvar som tidigare inte existerat i fall som detta.⁷⁶ Arbetsgivare var vid denna tidpunkt inte ansvariga för arbetstagares culpa i utomobligatoriska förhållanden. HD ville med detta rättsfall införa ett strikt skadeståndsansvar för farliga verksamhet, såsom byggarbetsplatser, och använder sig av ett arbetsgivaransvar för att nå erforderligt resultat. Genom denna fiktion döljer domstolen att man har agerat lagstiftare.

Även i detta fall står culpaprincipen mot antingen en rättsprincip eller ett rättspolitiskt avgörande i formen av att man vill ha ett samhälle där en person som utsätts för en skada som i det förevarande fallet skall få sin skada ersatt.

⁷⁵ Karlgren, s. 241

⁷⁶ A.a. s, 242

6. Sammanfattande analys

Jag anser att domarna i vissa fall skapar rätt. Sveriges konstitution sätter upp ramarna för hur lång domaren får gå i sin dömande verksamhet och var den lagstiftande verksamheten tar vid. Jag skriver *i vissa fall* för i de allra flesta fall följer domaren lagen och ett eventuellt maktmissbruk är inte heller ett problem. Jag håller med Schmidt då han anser att det endast är i undantagsfall som domaren behöver röra sig i det egentliga gränsområdet och ställa sig frågan om han genom att döma på ett visst sätt skulle komma att överskrida den maktbefogenhet som han eller hon tilldelats i samhället.⁷⁷ Men det räcker ju med att domarna en enda gång går utöver denna makt för att det skall utgöra ett maktmissbruk.

Som alla myndigheter lyder domaren under legalitetsprincipen: ”All offentlig makt skall utövas under *lagarna*”. Enligt denna princip måste domaren alltså hålla sig inom lagarnas gränser i sin dömande verksamhet. Det rättsliga ”problem” som domaren skall lösa har som sagt vad i de allra flesta fall sin lösning klart stadgad i lagen. För att hitta de fall där domaren agerar lagstiftare måste man titta på svåra fall. Det är ju i dessa domaren inte kan tillämpa en lagregel enligt dess ordalydelse och måste besluta sig vid sidan om lagreglerna. Det är i dessa fall som domaren måste tänka på att han skall döma ”under lagarna”. Detta begrepp råder det tvekan om vad det egentligen betyder. I propositionen kan man bara utläsa att det innefattar lagarna, medan man inom doktrinen har olika uppfattningar. Jag anser att principerna att domaren måste döma och att beslutet skall vara rättssäkert måste vägas mot varandra. Jag anser att domarens ramar inte endast kan utgöras av ren lagtext eftersom även om det enligt rättsstatsargumentet är viktigt att domstolen följer lagen så skulle detta aldrig fungera i praktiken. Domstolen får inte förvägra parterna rättvisa och måste döma i alla mål. För att kunna göra detta måste domaren i vår tid av förändring ha någonting mindre statiskt att gå efter än endast lagtexten. Bara

⁷⁷ Schmidt, s. 266

för att de andra rättskällorna är mindre statiska än lagtexten behöver det inte innebära att de inte är rättssäkra och strider mot rättsstatsidealet. Ur förarbetena kan man utläsa lagens ändamål, vilket kan underlätta ett riktigt tolkande av lagen och ett användande av prejudikat ger en förutsägbarhet i rätten. Domaren får alltså använda sig av andra rättskällor i sin dömande verksamhet. Men vad gäller i de fall där det inte finns några existerande rättskällor för domstolen att använda sig av? Domaren agerar dock aldrig i ett *totalt vacuum* utan de har alltid någonting att utgå ifrån. Denna fråga har jag dock inte tagit upp i min uppsats på grund av utrymmesskäl, även om det skulle vara av värde i detta sammanhang. Jag har i min uppsats tagit upp rättsfall där domstolen har agerat utanför rättskällorna. Domarna har inte hittat stöd för sitt resonemang i rätten utan agerat utanför denna. På produktansvarsområdet öppnade HD möjligheterna för strikt skadestånsansvar både i NJA 1977 s. 538 och i NJA 1989 s. 389. På samma sätt lindrade HD beviskraven i NJA 1977 s. 176 och i NJA 1981 s. 622 och införde strikt ansvar på farlig verksamhet i NJA 1932 s. 150. Detta agerande anser jag inte är tillåtet för vårt lands domare. Istället för att skapa rätt borde man inte ha öppnat dessa nya möjligheter utan borde ha inväntat en lagstiftning, som i flera av fallen var nära förestående på området. Lagen har visat sig vara ett ofullständigt instrument men det är dock svårt att kontrollera om domare i ett visst fall har använt sig av otillåtna rättskällor eller inte.

Dworkin menar att den gällande rätten inte bara utgörs av regler, som Hart anser, utan också av oskrivna principer. Domaren använder sig av både rättsprinciper och också i viss utsträckning av rättspolitiska överväganden när de avgör ett rättsfall. Vid ett val mellan en princip och ett rättspolitiskt övervägande har dock principerna trumf. Hart anser att domaren i svåra fall får tolka lagen skönsmässigt och skapar därför i vissa fall rätt då de inte anser att domaren är bunden av några rättsliga eller moraliska principer. Dworkin är av en annan uppfattning och menar att domaren alltid är bunden av rätten, även i svåra fall. Jag anser att svenska domare är bundna av rättsprinciper då de explicit eller implicit kan utläsas ur lagen. Men att de inte är bundna av rättspolitiska argument som är politiska överväganden som domarna inte skall genomdriva. Detta strider mot rättsstatsargumentet då de inte är förutsägbara

eller kontrollerbara. I de rättsfall som jag har behandlat i min uppsats kan man se som en genomgående tendens att domstolen har frångått en rättsprincip till förmån för ett rättspolitiskt övervägande, ett kollektivt mål. I NJA 1977 s. 538 och NJA 1989 s. 389 får culpaprincipen stryka på foten för det kollektiva målet att konsumenter skall få ett ökat skydd i vårt samhälle. I fallen som berör beviskrav, NJA 1977 s. 176 och NJA 1981 s. 622 förändras den föreliggande principen att käranden har hela bevisbördan, dvs en negativ rättighet för motparten, genom ett kollektivt mål där HD vill förändra människors villkor i domstolen och underlätta bevisandet av orsakssamband och sakomständigheter. Också i NJA 1932 s. 150 går före culpaprincipen ett kollektivt mål: att människor som utsätts för skada orsakad av farlig verksamhet skall ha rätt till ersättning för denna. Detta strider mot Dworkins teori som anser att individuella rättigheter har trumf framför kollektiva mål. Det strider också mot den svenska författningen eftersom domstolen inte får driva rättspolitik självständigt från riksdagen. HDs agerande strider även mot Harts teori då de inte enbart tolkade en rättsregel skönmässigt utan skapade rätt utanför lagreglerna.

Schmidt anser att domaren då man meddelar ett prejudikat utövar en funktion som liknar lagstiftarens.⁷⁸ Varje prejudikat innebär en utbyggnad av rätten.

I en parlamentarisk stat är det ännu allvarligare att domaren har en självständig makt eftersom enligt detta statsskick skall all makt komma från folket. Om domaren skapar rätt när han dömer eller i vart fall är i gränzonen av att agera lagstiftare, blir detta ett mycket allvarligare brott i en stat som bygger på parlamentarism än i en som bygger på maktodelningsprincipen.

Domare kanske implementerar folkets vilja då de som i Sverige agerar både lagstiftare och domare under sin karriär, man skiftar roller mycket. I NJA 1981 s. 622 framkommer en bild av att domaren och lagstiftaren är väldigt nära varandra i Sverige. I detta fall var de samma person. En person som är i denna situation kan nog lätt blanda ihop de olika rollerna, gränserna mellan när han agerar lagstiftare och när han agerar domare suddas nog lätt ut. Det viktiga blir

⁷⁸ Schmidt, s. 269

kanske inte på vilken stol jag sitter när jag beslutar i en fråga, det viktiga är att det blir rätt beslut. Svenska domare är ofta så målpåverkade att de ibland glömmer bort att de skall agera inom de av konstitutionen givna ramarna. Man kan uttrycka det på så sätt att den formella rättssäkerheten får stå tillbaka för den materiella rättssäkerheten. Bengtsson anser själv att det är svårt att se någon principiell skillnad mellan rättsbildning genom lagstiftning och genom domstolarna, detta med bakgrund mot deras värdegemenskap.⁷⁹ Att domstolarna i vår konstitution delvis ses som ett verkställande organ till riksdag och regering hjälper nog till att skapa bilden av att de är delar av samma enhet som strävar mot samma mål.

Domarna håller sig inte inom lagens gränser när de i vissa svåra fall inte utövar den offentliga makten under lagarna. Men varför har inga domare dömts för tjänstefel trots att man genom att titta på domstolsavgöranden i skadeståndsrätt tydligt kan se att de agerar lagstiftare och skapar lag istället för att följa de existerande lagarna som de enligt vår konstitution är tvungna att följa? Jag hävdar att domstolen använder sig av *fiktioner* för att sopa igen spåren, istället för att öppet deklarerat att de skapar rätt. Användandet av fiktioner är en förklaring till att domare inte utsätts för sanktioner trots sitt handlande.

Varför existerar då rättsliga fiktioner? Även om fiktionernas motiv kan vara svåra att hitta är det av stor vikt att det görs eftersom en fiktion blir förståelig endast när vi vet varför den existerar. Det är viktigt att veta varför domstolarna använder sig av fiktioner för att förstå vad fiktionerna betyder. Fuller menar att en fiktion används för att förena ett rättsligt resultat med en uttalad eller förutsatt antagande som finns i rätten, d v s rättskällorna. För att få en förståelse för en fiktion måste man enligt Fuller fråga sig; Vad för slags antagande som fiktionen bygger på, med vilket påstående försöker fiktionen förena den förevarande domslutet?⁸⁰ I NJA 1977 s. 538 och i NJA 1989 s. 389, som handlar om produktansvar, försöker HD i oprecisa ordalag förena ett strikt skadeståndsansvar med det tidigare antagandet att varken importörer eller

⁷⁹ Bengtsson, Domare och lagstiftare i samverkan och konflikt, s. 112

tillverkare tidigare hade ett strikt ansvar, utan ett culpaansvar. På beviskravens område ville domstolen med hjälp av fiktionen förena antagandet att man som kärke tidigare var tvungen att styrka full bevisning med att HD i NJA 1977 s. 176 och i NJA 1981 s. 622 lättar på detta beviskrav till att lyda: i fall där vart och ett av fler av varandra oberoende sakförhållanden framstår som möjliga skadeorsaker skall beviskravet anses uppfyllt om den skadelidandes orsak framstår som klart mer sannolik än motparten och även mer sannolikt med hänsyn till omständigheterna i målet. I NJA 1932 s. 150 tog HD hjälp av fiktioner när man förenade strikt ansvar med en i tidigare regel som sa att arbetsgivare i utomobligatoriska förhållanden inte var ansvariga för culpa på arbetstagarens sida. Och med detta infördes ett strikt ansvar för farlig verksamhet.

Det finns andra skäl till varför domaren använder sig av fiktioner än endast att de vill dölja sitt handlande. I och med att domaren använder sig av fiktionen så påverkar den honom eller henne lika mycket som den påverkar de som läser domskälen.⁸¹ Känslomässig konservatism påverkar också domare att skapa fiktioner. I detta fall vill domaren inte dölja någonting för andra med fiktionen utan han eller hon vill dölja för sig själv att han skapar rätt, eftersom det stämmer bäst överens med hans känsla för konservatism och säkerhet.

Ihering menar också att en fiktion kan vara oundgänglig som ett redskap när man vill föra rätten framåt.⁸² I detta fall vill inte domaren dölja någonting med hjälp av fiktionen, han eller hon klarar sig helt enkelt inte utan fiktionen då man skall beskriva och förklara det nya rättsförhållandet. Denna fiktion kallar Fuller intellektuellt konservativt tänkande.

Jag anser att domare som handlar utanför sina konstitutionsenliga ramar skall vara öppna med sina förhållanden och man bör tala klarspråk och medge att man använder sig av fiktioner. Det är bättre att domstolen är öppen och klar än att de lägger skuggridåer genom att använda sig av fiktioner. Om det nu är

⁸⁰ Fuller, s. 515

⁸¹ A.a. s. 520

⁸² A.a. s. 524

så att domaren inte kan utföra sin dömande verksamhet på ett tillfredställande sätt och fortfarande hålla sig inom sina ramar, så är det ännu viktigare att man öppet skyltar med detta problem för att få till stånd en allmän diskussion och om möjligt en förändring. Conradi tar i sin artikel upp olika fall där HD har skapat rätt.⁸³ I den är han och andra justitieråd öppna med att de skapar rätt, vilket jag anser är ett riktigt sätt att närma sig frågan.

Bentham menar också att det är användandet av fiktioner i rätten som gör att den blir dunkel.⁸⁴ Man borde istället förklara dem och byta ut dem. Detta skulle enligt Bentham medföra att rätten blev klar.

Även om domarna öppet skulle visa att de skapade rätt kan dock de som använder sig av fiktioner av känslomässiga skäl ändå att fortsätta att lura sig själva eftersom de inte medvetet skapar fiktioner utan gör det av undermedvetna skäl.⁸⁵

Enligt Fuller finns det två distinkta metoder att ta bort fiktioner från rätten.⁸⁶ Den ena metoden är genom ett *förkastande* och den andra genom en *omdefinition*. Med förkastandet menas att man gör sig av med de uttalanden som känns som fiktioner. När man gör en omdefinition så gör man sig av med uttalanden som är fiktioner genom att man byter ut meningen av det ord som används i fiktionen. Genom förkastandet försvinner fiktionen helt och hållet medan den genom omdefinierandet blir en del av rättens tekniska vokabulär. Båda metoderna har använts genom historien och det är genom den senare metoden som många rättsliga relationer och rättsliga institut har fötts

Avslutningsvis anser Fuller att rättsliga fiktioner inte är någonting som hänför sig till det förflutna, utan att de används här och nu i vårt samhälle. Han anser att människor tror att fiktioner inte längre används p g a av två olika skäl. Det första skälet är att tittade på i efterhand verkar fiktioner alltid beklagansvärt

⁸³ Conradi, s. 73

⁸⁴ Bentham, *Of Laws In General*, s. 252

⁸⁵ Fuller, s. 521

⁸⁶ A.a. s. 377

uppenbara och naiva. Det andra är att vi inte inser att rätten alltid kommer att möta nya problematiska situationer som måste lösas på ett tillfredställande sätt.

Det finns självklart fler förklaringar än att domaren använder sig av fiktioner till att de inte utsätts för några sanktioner. En annan förklaring anser jag vara att det inte skulle vara rimligt att man följde vår tids konstitution till punkt och pricka. Domare skulle vara ytterst ofria att handla och då de på någon liket regeln är tvungen att döma så måste man ge dem ett visst mått av handlingsfrihet för att de skall kunna fullgöra sina uppgifter som tilldelats dem. Men skall då inte våra offentliga makthavare hålla sig inom lagens ramar? Det är ju det som gör Sverige till en rättsstat. Vår konstitution kanske i tider av den stora förändring som råder måste ändras för att domaren skall kunna agera på ett fullgott sätt och slippa använda sig av fiktioner. Då domaren måste döma i alla fall kanske vi måste låta honom gå lite längre än vad vår konstitution för tillfället tillåter honom att göra. Att detta behöver ske visar det faktum att domarna såsom läget är nu använder sig av fiktioner för att dölja sin egentliga verksamhet. Vore det inte bättre att lägga svårigheterna i öppen dager och se verkligheten så som den är? Vår konstitution kanske sätter för hårda ramar runt domarens verksamhet och borde ändras? Den största fiktionen av dem alla är nämligen att det skulle finnas en förutsägbarhet i skadeståndsrätten.

Genom att konstitutionen ger domstolen en tveeggad verksamhetsinriktning, när den och ena sidan skall vara självständig och andra sidan endast skall verkställa riksdag och regerings beslut, får domstolen inga klara ramar att gå efter i sin verksamhet. Denna osäkerhet kan ha påverkat att domaren med hjälp av fiktioner vill dölja att de skapar rätt medan andra domare basunerar ut att de har skapat rätt.

Slutligen så borde man ge domarna fastare riktlinjer för hur de får och skall handla i svåra fall. De skulle då slippa att använda sig av fiktioner, eller för den delen att gå utanför lagen. Vår konstitution ger inte domaren några klara ramar för sitt handlande. Den borde ändras så att den blir ett levande dokument att följa, endast inte för domarkåren utan för alla oss svenska medborgare. Man

kan förstå att domarna använder sig av fiktioner men man kanske inte kan rättfärdiga det.

7. Käll- och litteraturförteckning

7.1 Litteraturförteckning

- Bengtsson, Bertil Domare och lagstiftare i samverkan och konflikt, I: Festskrift till Stig Strömholm, Uppsala 1997
- Bengtsson, Bertil, Ullman, Harald *Det nya produktansvaret*, Uppsala, 1993
- Bengtsson, Bertil, Nordenson, Ulf, Strömbäck, Erland *Skadestånd, lagstiftning och praxis med kommentarer*, tredje uppl., 1985 Uddevalla
- Bentham, Jeremy *Of Laws In General, Collected Works Of Jeremy Bentham*, University Of London, The Athlone Press, 1970
- Bentham, Jeremy *Works*, Browning's Edition, 1
- Bergholtz, Gunnar *Ratio et Auctoritas*, Lund, 1987
- Conradi, Erland Skapande dömande, Festskrift till Bertil Bengtsson, Stockholm 1993, s. 73-87
- Cotterrell, Roger *The Politics Of Jurisprudence, A Critical Introduction To Legal Philosophy*, Butterworths, London and Edinburg, 1989
- Dufwa, Bill Högsta domstolen och lagstiftaren i kamp om produktansvaret, JT 1989-90: 2-3, s. 327-338
- Dworkin, Ronald *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass. , 1977
- Dworkin, Ronald *Laws' Empire*, London, 1986
- Ekelöf, Per-Olof & Boman, Robert *Rättegång*, första häftet, Nordsteds, Stockholm, 1990
- Erenius, Gillis *Oaktsambet*, Stockholm, 1971

- Freeman, M. D. A. *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, Sweet & Maxwell Ltd. , London, 1996
- Fuller, L. L. Legal Fictions, 1930, 25 Ill. L.R., 363, 513, 877
- Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, Oxford, 1961
- Hellner, Jan *Rättsteori, en introduktion*, Juristförlaget, Stockholm, 1991
- Karlgren, Hjalmar *Kollegium i allmän obligationsrätt, anteckningar efter professor Karlgrens föreläsningar H. T. 1941*, Lund, 1942
- Peczenik, Aleksander *Vad är rätt, Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Göteborg, 1995
- Peczenik, Aleksander *Juridisk argumentation – en lärobok i allmän rättslära*, Aarnio, Aulis Norstedts 1990
- Bergholtz, Gunnar
- Peterson, Olof *Rättsstaten, Frihet, rättsäkerhet och maktodelning i dagens politik*
- Petrén, Gustaf Domstolarnas ställning enligt 1974 års Regeringsform, SvJT 1975, s. 1.
- Petrén Gustaf & Ragnemalm Hans *Sveriges Grundlagar*. 12 uppl. Stockholm, 1980
- Schmidt, Folke Domaren som lagtolkare, i Festskrift till Herlitz, Stockholm, 1955, s. 263-298
- Simmonds, Nigel E *Juridiska principfrågor. Rättvisa, gällande rätt och rättigheter.* , Nordsteds Juridik, Göteborg, 1992
- Strömholm, Stig En svensk prejudikatslära: behov och möjligheter, SvJT, 1984 s. 923-945
- Sterzel, Fredrik (red.) *Rättsstaten – rätt, politik och moral*, Uppsala, 1996

7.2 Rättsfallsförteckning

NJA 1932 s. 150

NJA 1977 s 176

NJA. 1977 s. 538

NJA 1981 s. 622

NJA 1982 s. 380

NJA 1989 s. 389

7.3 Offentligt tryck

Prop. 1973:90

SOU 1947:53

SOU 1986:1

LU 1947:1