



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Gustav Carlberg

Normgivning genom rättstillämpning

– En studie av Högsta domstolens normbildande roll

LAGM01 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Sverker Jönsson

Termin för examen: Period 1 HT 2015

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte	8
1.3 Frågeställning	8
1.4 Avgränsning	8
1.5 Material	9
1.6 Metod	10
1.7 Forskningsläge	11
1.8 Disposition	11
2 HÖGSTA DOMSTOLEN – FRÅN DÅ TILL NU	12
2.1 1789–1809	12
2.1.1 HD och det gustavianska enväldet	12
2.1.2 HD:s bildande	13
2.2 HD under 1809 års regeringsform	13
2.2.1 Allmänt	13
2.2.2 HD:s ställning	14
2.2.3 Utveckling	15
2.2.3.1 Prejudikat- och intressedispens	15
2.2.4 1971 års fullföljdsreform	16
2.2.4.1 Motiv	17
3 HÖGSTA DOMSTOLEN IDAG	18
3.1 HD:s roll som högsta instans	18
3.2 Prövningstillstånd till HD	19
3.2.1 Prejudikatdispens	20
3.2.2 Extraordinär dispens	20
3.2.3 Partiellt prövningstillstånd	21
3.2.4 Hänskjutande av prejudiaktfråga	21

3.3	Prejudikatens ställning i den svenska rättsordningen	22
3.3.1	Bör HD:s prejudikat följas?	24
4	FÖRHÅLLET JURIDIK OCH POLITIK	25
4.1	Maktdelning	25
4.2	Domstolarnas roll	26
4.2.1	Rättsskipning – om begreppet	26
4.2.2	Lagprövning	26
4.2.2.1	Lagpositivism och rättsfallspositivism	27
4.3	Normgivningsmakten	28
4.4	Förarbeten	28
4.5	Juristerna och den politiska makten	29
4.5.1	Tillbakablick	29
4.5.2	Judikalisering	30
4.5.2.1	Maktflykt?	31
4.5.3	Skapande dömande	32
4.5.3.1	Rättsbildning genom prejudikat?	32
4.5.3.2	Nackdelar	33
4.6	Några uppmärksammade avgöranden	35
4.6.1	Mefedronfallet och narkotikadomarna	35
4.6.1.1	NJA 2011 s. 357 Mefedronfallet	35
4.6.2	NJA 2011 s. 563 Rusmålet	37
4.6.3	NJA 2012 s. 400 Mangamålet	38
4.6.4	Kort om tillägg i HD	39
4.7	Justitierådets syn på HD:s normbildning	40
5	DEBATTEN	42
5.1	HD:s roll	42
5.2	En aktivistisk HD?	43
5.2.1	Wersälls kritik – en offensiv HD	44
5.2.1.1	Mangamålet	45
5.2.1.2	Narkotikadomarna	45
5.2.1.3	Sammanfattning	46
5.2.1.4	Egen kommentar	46
5.3	Debatten som följde	47
5.3.1	Vem ska leda rättsutvecklingen?	47
5.3.2	HD:s roll i det dynamiska rättsamhället	48
5.3.3	Aktivismens baksida	49
5.3.4	Domare och lagstiftare	50
6	ANALYS	52
6.1	Inledning	52

6.2	HD:s utveckling	53
6.3	HD:s roll	54
6.4	HD och normbildningen	55
6.5	Orsaker till utvecklingen	57
6.6	Har HD blivit för offensiv?	57
6.7	Hur påverkas maktindelningen?	60
6.8	Avslutande synpunkter	61
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	63
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	69

Summary

The Supreme Court is the highest legal body in Sweden, and has together with the legislator the main responsibility for the formation and development of the Swedish legal system. Its role and importance has been subject to constant changes over the years. The Supreme Court's position of today was defined in 1971, when the legislator decided that there should be a refined court of record.

This change has been considered to be the starting point for the development of the Supreme Court, being increasingly inclined to change and create new principles in the legal system, when the court finds the legislation to be unclear or insufficient. This trend escalated quite dramatically when Sweden joined the European Union in 1995, and the entire European legislation was introduced to the Swedish legal system. It became the Supreme Court's task, to ensure, that domestic law did not infringe the now overriding European law.

The Supreme Court's most important task is probably to ensure that the legislative development moves forward, and that the legislative power, and the norms which the legislator subsequently create, are consistent with the constitution and the European law. In that sense the Supreme Court is also creating its own standards.

It has been argued that the court's increasing authority in the legal system, is jeopardizing the separation of power. Some of the criticism is closely related to the Swedish legal tradition, and the constitution where the parliament, Riksdagen, has a very strong position. The question is whether this criticism is justified?

In recent years, the debate has focused on a number of controversial verdicts, where the Supreme Court has made more or less drastic changes in the criminal law, for instance the culpability for possession of drugs, where the purpose of the possession was given a more vital part in the meting out of punishment. By the time of the court's verdict, there was an ongoing inquiry, initiated by the government, to propose changes in the meting out of punishment. When the Supreme Court rendered its verdict, the inquiry's proposals regarding possession of drugs became overacted and never were presented.

The Court of Appeal president, Fredrik Wersäll, raised the question about judicial activism and that the Supreme Court had, in his opinion, violated the limit of what should be regarded as the legislature's legislative competence.

It is, however, important that the Supreme Court is able to live up to its role to ensure a uniform application of the law, but it must also follow suit and

adapt to the new conditions given. The court has to fulfill its responsibilities if the legislative power is not capable of covering the need for new legislation, even when it concerns issues that have traditionally been regarded as political. A small but significant shift of power from the legislator to the Supreme Court is therefore to be expected.

The Supreme Court should, however, take into account this shift of power that actually occurs, and the legitimacy problems that can occur, when legal reforms are initiated by judges rather than the legislator. When the Supreme Court create norms, some prudence is necessary, because the legislator is often better suited to create new standards. That said, the Supreme Court, unlike the legislator, cannot ignore poor or inadequate legislation that could jeopardize the rights of individuals or the general principles of law. It is required that both the legislator, and the Supreme Court, handle their respective constitutional commitments.

Sammanfattning

Högsta domstolen har som sista instans ett stort ansvar för rättsbildningen i den svenska rättsordningen och spelar därför en viktig roll i densamma. Denna roll och betydelse har liksom rättsordningen varit föremål för ständiga förändringar. Från Högsta domstolens grundande fram till år 1971 ansågs domstolen främst som en garant för att underrätterna dömde rätt och rättvist. 1971 tilldelades domstolen emellertid rollen som en renodlad prejudikatinstans och upphörde därmed i princip att befatta sig med mål som domstolen bedömde sakna prejudikatvärde.

Denna förändring har inom doktrinen ansetts vara tidpunkten då dagens Högsta domstol föddes. Det har även ansetts vara startpunkten för en utveckling där Högsta domstolen allt oftare är benägen att skapa egna normer när lagstiftningen av olika anledningar inte räcker till. Denna utveckling har eskalerat ganska kraftigt i samband med Sveriges inträde i den Europeiska unionen år 1995. I samband med inträdet infördes också hela den europeiska rätten in i den svenska rättsordningen. Då föll det på Högsta domstolen att revidera de inhemska lagarna för att säkerställa att de inte stred mot den nu överordnade europeiska rätten.

Högsta domstolens viktigaste uppgift idag torde vara att genom sina prejudikat leda rättsutvecklingen framåt, samt att säkerställa att den lagstiftande makten och de normer som lagstiftarens sedermera skapar är förenliga med grundlagarna och EU-rätten. I den meningen skapar Högsta domstolen också egna normer.

Att Högsta domstolen i större utsträckning skapar egna normer i lagstiftarens ställe är dock förenat med vissa problem och har vållat en hel del kritik i den juridiska doktrinen. Det har bland annat framförts att maktindelningen äventyras eftersom det enligt maktindelningens princip är de folkvalda politikerna som tilldelats makten att skapa normer. Frågan är om kritiken är befogad?

Under senare år har debatten också till stor del handlat om ett antal omdiskuterade avgöranden där Högsta domstolen på olika sätt dömt i strid mot lagstiftarens vilja och/eller ambitioner. Ett sådant omdiskuterat avgörande är NJA 2011 s. 357 där domstolen väsentligen sänkte straffet för narkotikabrott genom en straffvärdesbedömning där art och mängd narkotika skulle tillmätas en underordnad betydelse. Även om avgörandet välkomnades i doktrinen aktualiserades dock frågan om det var rätt eller fel att Högsta domstolen på eget initiativ initierade en sådan omfattande förändring som – liksom några justitieråd i efterhand medgav – knappast hade vunnit gehör i riksdagen. Vid domens avkunnande pågick det dessutom en parlamentariskt tillsatt utredning om påföljdssystemet vars förslag angående narkotikabrott aldrig lades fram.

Frågan är då om Högsta domstolen gått för långt i sin normgivande verksamhet? Hovrättspresidenten Fredrik Wersäll aktualiserade frågan om domstolen blivit alltmer aktivistisk då domstolen flera gånger, enligt hans mening, överträtt gränsen för vad som borde betraktas som lagstiftarens normgivningskompetens.

För att Högsta domstolen ska kunna leva upp till sin roll i ett rättssamhälle som ständigt förändras måste också domstolen följa efter och anpassa sig efter de nya förutsättningarna som ges. I ett rättslandskap där den lagstiftande makten inte alltid förmår täcka behovet av ny lagstiftning, inte minst mot bakgrund av all den europeiska lagstiftning som måste implementeras, måste domstolen som prejudikatinstans ta sig an frågor som traditionellt sett betraktats som politiska. Detta aktualiseras i synnerhet inom straffrätten med tanke på dess inverkan på den enskilde. Att Högsta domstolen som en följd av detta flyttat fram sina positioner och att en viss maktförskjutning från den lagstiftande makten till den dömande makten därmed sker torde därför vara en delvis naturlig utveckling.

Högsta domstolen borde dock beakta den maktförskjutning som de facto uppstår och de legitimitetsproblem som kan uppstå när stora reformer initieras av domare istället för av lagstiftaren. När Högsta domstolen ägnar sig åt normbildning borde viss försiktighet vara påkallad eftersom domstolen sällan är bättre lämpad än lagstiftaren att skapa normer. Domstolen bör således sträva efter att beakta rättsutvecklingen snarare än att leda den. Med detta sagt kan Högsta domstolen – till skillnad från lagstiftaren – aldrig förhålla sig passiv till dålig eller otillräcklig lagstiftning som riskerar att äventyra den enskildes rättigheter eller allmänna rättsprinciper. Det krävs således att både lagstiftaren och domstolen sköter sina respektive konstitutionella åtaganden.

Förord

Detta examensarbete markerar slutet på min tid på juristprogrammet vid Lunds universitet. Det har varit en spännande resa och det är med visst vemod som jag nu lämnar studierna bakom mig och tar klivet in i arbetslivet.

Jag vill först och främst tacka min handledare Sverker Jönsson för uppmuntrande råd och stöd genom hela arbetets gång. Jag vill också tacka min familj för allt stöd och sist, men inte minst mina kursare och Juridiska föreningen som har förgyllt min studietid.

Lomma den 7 januari 2016

Gustav Carlberg

Förkortningar

HD	Högsta domstolen
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JO	Justitieombudsmannen
JT	Juridisk tidskrift
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken (1942:720)
RF	Regeringsformen (1974:152)
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning

1 Inledning

1.1 Bakgrund

I Regeringsformens (1974:152) (RF) 1 kap. 1 § stadgas att all offentlig makt utgår från folket. Detta välkända konstaterande återspeglar det mest grundläggande i den svenska demokratin. I det moderna demokratiska rättssamhället finns det emellertid vissa gränser för folkstyret. Samma paragraf stadgar också i tredje stycket att den offentliga makten utövas under lagarna. Konstruktionen bygger på att de demokratiskt tillsatta politikerna stiftar lagarna som domstolarna sedan har att tolka och tillämpa. Distinktionen mellan normgivning och rättsskipning är grundläggande i RF.

Ett antal omdebatterade avgöranden i Högsta domstolen (HD) har på senare år medfört att frågan om denna grundläggande distinktion ställts på sin spets. I doktrinen har frågan väckts om domstolen är alltför offensiv i sin dömande verksamhet och att detta leder till en maktförskjutning från den politiska makten till domstolarna. Uppmärksammade mål som brukar nämnas är det s.k. Mangamålet (NJA 2012 s. 400), där HD delvis underkände den rådande kriminaliseringen av barnpornografibrott, och det s.k. Mefedronfallet (NJA 2011 s. 357), där HD genomförde en omfattande förändring av straffmätningen för grövre narkotikabrott. I det senare exemplet fanns det också en pågående utredning tillsatt av regeringen med syfte att just se över straffmätningen för grova narkotikabrott. HD:s dom resulterade i att den utredningen aldrig lades fram.

På senare år har den politiska opinionen i riksdagen propagerat för och också vidtagit flera lagstiftningsåtgärder i syfte att ge strängare påföljder. Detta återspeglas inte minst i den tidigare regeringens förändringar gällande straffmätningen för grova våldsbrott.¹ Med detta i beaktande har HD under i princip samma tidsperiod i ett antal prejudikat gjort ganska omfattande förändringar på straffrättens område som i sin tur inte sällan resulterat i en väsentlig nedsättning av påföljderna. I exempelvis Mefedronfallet gick HD i princip tvärt emot den rådande politiska uppfattningen om höga straffvärden för allvarliga brott.

Vissa av domarna har kritiserats i en artikel av hovrättspresidenten Fredrik Wersäll som menar att de är ett avsteg från HD:s tidigare mer restriktiva hållning till normgivning. Detta ska också vara en del av en trend mot en mer offensiv Högsta domstol som går längre än vad som är nödvändigt för att lösa normkonflikter eller fylla ut de luckor som lagstiftaren lämnat.² Efter Wersälls artikel följde ett antal andra artiklar som på olika sätt berörde de konstitutionella frågeställningar som Wersäll aktualiserat. Frågan är därför högst aktuell och sista ordet lär inte vara sagt.

¹ Se exempelvis prop. 2009/10:147 och prop. 2013/14:194.

² Wersäll 2014 s. 1 ff.

1.2 Syfte

Mitt examensarbete syftar till att utreda HD:s rättskipande och normbildande roll inom straffrätten och hur den har utvecklats. Därtill syftar min text utreda var HD placeras i det moderna demokratiska systemet för att på så sätt undersöka om HD har blivit mer offensiv i sin rättskipning och vad det i så fall beror på. Jag kommer att utreda om Wersälls kritik härav är befogad och vad det i så fall skulle innebära om HD överskrider den roll som domstolen tilldelats. Uppsatsen syftar därmed även till att undersöka gränserna för HD:s normgivande verksamhet och hur denna kan påverka maktindelningen.

1.3 Frågeställning

För att uppnå syftet ämnar jag i detta arbete besvara följande frågeställningar:

Hur har HD utvecklats i rättsordningen från dess grundande fram till idag?

Vad är innebär HD:s rättsbildande funktion och vad är dess roll i det demokratiska systemet? Vad krävs det för att HD ska pröva ett mål och vilken ställning har HD:s prejudikat i den svenska rätten?

Utifrån detta kommer jag sedan att ställa mig frågan om HD:s hållning gentemot den lagstiftande makten förändrats och i så fall hur? I doktrinen talas det ibland om en trend mot en mer offensiv Högsta domstol som är mer benägen än tidigare att själv gå in och täppa till luckor i lagstiftningen. Om en sådan trend går att påvisa väcks också frågan om det riskerar att leda till ett demokratisk underskott? Påverkas maktindelningen om HD flyttar fram sina positioner och vilka problem kan då aktualiseras?

1.4 Avgränsning

I grund och botten behandlar detta examensarbete primärt intresseavvägningen mellan den politiska och den juridiska makten. Denna intressekonflikt har varit uppe för diskussion under lång tid. Likväl har konflikten väldigt många olika problemformuleringar beroende på vilket angreppssätt och perspektiv som väljs för att ta sig an ämnet. Enbart ur ett rent juridiskt perspektiv finns det ett stort antal tänkbara infallsvinklar för att besvara vilken roll HD har eller bör ha i den svenska rätten. Jag har dock valt att avgränsa mig till HD:s normbildande roll inom straffrätten eftersom det är det som diskussionen främst kretsat kring. Även om frågan också behandlats inom civilrätten kommer jag inte att behandla detta.

Det finns med andra ord många olika sätt och metoder att angripa det aktuella ämnet. Jag har inte gjort någon omfattande studie av rättsfall som kan uppfattas som kontroversiella ur ett maktodelningsperspektiv. Istället har jag valt ut tre rättsfall som jag anser är principiellt viktiga utifrån min frågeställning och observerat diskussionen som förts i doktrinen kring dessa. Även om denna diskussion är central i min framställning har jag också valt att enbart ta med ett urval av de artiklar och innehållet i dessa som behandlar frågeställningen kring HD:s normgivningsmakt. Jag kommer inte att göra någon djupare rättsfilosofisk analys av domarrollen i sig.

Även om EU-rätten i viss mån kommer att beröras kommer jag inte att gå in på den i detalj, främst på grund av utrymmesskäl, men också för att diskussionen som förts i första hand har hållit sig inom ramen för den svenska rättsordningen. Av detta följer också att jag endast kommer att behandla den del av debatten som belyser kärnan i min frågeställning. Vissa av artiklarna innehåller också andra intressanta aspekter som dock inte ryms inom ramen för detta examensarbete. Jag kommer endast att analysera rättsfall som har sin utgångspunkt i den inhemska rätten. Exempelvis kommer de s.k. skattetilläggavgörandena (NJA 2013 s. 502 och NJA 2013 s. 746) inte att behandlas även om de har berörts i debatten. Jag väljer dock att inte ha med dem, eftersom det torde kräva en djupare genomgång av EU-rätten och en närmare redogörelse för resningsinstitutet som av utrymmesskäl inte ryms i min framställning.

Eftersom frågan om domstolarnas lagprövningsmakt aktualiserar en liknande avvägning mellan juridik och politik kommer jag även att redogöra för denna, dock endast översiktligt.

1.5 Material

För den del av mitt arbete som berör lagstiftning och utveckling av densamma kommer jag främst att använda mig av de konventionella rättskällorna, huvudsakligen offentligt tryck såsom förarbeten och doktrin. Med hjälp av förarbetena går det att skapa en tydlig kronologisk översikt i hur HD:s roll har förändrats under främst 1900-talet. Jag kommer också att använda mig av ett antal artiklar från främst Svensk Juristtidning (SvJT) som på olika sätt förtydligar och analyserar HD:s utveckling och dess rättsbildande funktion.

I den andra delen av min uppsats, som mer i detalj behandlar frågan kring normgivning genom rättstillämpning, använder jag mig främst av de resonemang som förts i doktrin, förarbeten och offentliga utredningar.

Det fjärde kapitlet som berör juridik och politik är till stor del baserat på de omfattande utredningarna kring demokrati och maktodelning som fördes i SOU 1999:58 och SOU 1999:76.

I doktrinen har diskussionen kring HD:s roll främst förts i SvJT och Juridisk Tidskrift (JT). Domstolarnas roll har även varit ett övergripande tema i *Jubileumsskrift till Svea hovrätt 400 år* varifrån mycket material har inhämtats. Jag vill här särskilt lyfta fram Johan Muncks artikel om HD som normbildare vilken har många likheter med min framställning.

De rättsfall som jag valt ut att analysera närmare har jag handplockat eftersom de har blivit ganska uppmärksammade och jag anser att de är representativa för förhållandet mellan domstol och lagstiftare och hur det förändrats.

Martin Borgeke och Stefan Lindskog har även valt att framföra sina åsikter i varsitt ganska omfattande tillägg till två av HD:s domar. I synnerhet Lindskogs tillägg till ett av de narkotikamål (NJA 2012 s. 535) som följde Mefedronfallet där han ger sin bild av hur långt han anser att HD bör gå i sin normgivande roll. Lindskog har även framfört sin syn på HD:s roll i Ekots lördagsintervju i P1 den 22 november 2015.

1.6 Metod

Eftersom den inledande delen av mitt arbete är en redogörelse för HD:s utveckling i rättsordningen fram till idag kretsar denna del främst kring att fastställa innehållet i gällande (och dåvarande) rätt. Med anledning härav använder jag mig av den s.k. traditionella juridiska metoden för denna del i uppsatsen. Den juridiska metoden innefattar bl.a. att behärska rättskällevärdet och den juridiska argumentationen och begreppsbyggnaden.³

I denna inledande del kommer jag även att anlägga ett rättshistoriskt perspektiv för att se hur HD har utvecklats och vilken roll denna utveckling har spelat i utformningen av dagens Högsta domstol.

Vad gäller den andra delen ligger fokus i betydligt högre utsträckning på att analysera HD:s förändring och funktion samt debatten som förts kring detta. Eftersom det här aktualiseras mer empiriska frågor som saknar ett entydigt svar, avser jag att i denna del göra en typ av diskursanalys kring de argument och resonemang som förts i doktrin, förarbeten och praxis. Jag kommer här att anlägga ett kritiskt perspektiv utifrån maktodelningsläran och dess innebörd i den svenska grundlagen.

Analysen i uppsatsens andra del kommer också att ses i ljuset av den rättshistoriska genomgången i första delen.

³ Sandgren 1995/96 s. 727.

1.7 Forskningsläge

Frågan om HD:s och domstolarnas roll i samhället har varit ett hett diskussionsämne inom såväl den konstitutionella debatten som i förarbeten och offentliga utredningar. De senaste av de juridiska artiklar jag hänvisar till i uppsatsen kommer från en debatt som inleddes av Fredrik Wersäll i första numret av SvJT under 2014. Hans inledande artikel blev startskottet för ett antal andra artiklar som på olika sätt bemötte och kritiserade Wersäll.

Frågan om HD:s normgivande roll har – som jag tidigare berört – behandlats främst i Muncks artikel från Svea hovrätts jubileumsskrift och i viss mån i Lindskogs tillägg till NJA 2012 s. 535. Någon mer omfattande litteratur som berör HD:s normbildande roll har jag dock inte lyckats hitta. Med tanke på att diskussionen om HD:s framflyttande positioner är relativt ung är det kanske inte så konstigt.

1.8 Disposition

Som jag tidigare nämnt består denna framställning främst av två delar. Den första presenteras i kapitel två, där HD:s historiska utveckling står i fokus, och i kapitel tre, där jag redogör för HD:s ställning idag och om prejudikatens ställning i den svenska rättsordningen.

I den andra delen kommer förhållandet mellan juridik och politik att behandlas i kapitel fyra. Även några av de uppmärksammade rättsfallen kommer att behandlas här. I kapitel fem kommer jag att närmare redogöra för debatten som förts hittills och i kapitel sex kommer jag att analysera och föra fram mina slutsatser.

2 Högsta domstolen – från då till nu

2.1 1789–1809

2.1.1 HD och det gustavianska enväldet

1700-talets utveckling i Europa präglades i stor utsträckning av de tankar som vuxit fram under upplysningstiden. Det kungliga enväldet ifrågasattes liksom de privilegiesystem som funnits i flera sekler. Många monarker förmådde inte leva upp till tidens ideal om den upplyste despoten. Dessa motsättningar medförde konstitutionella ändringar, inte sällan med revolutionära inslag och blodspillan som följd.⁴

I Sverige fick den s.k. frihetstiden sitt slut när Gustav III tillträdde som monark 1771 och markerade inledningen på det gustavianska enväldet och därmed också en ny period i den svenska rättshistorien. Gustav III såg sig som en upplyst despot. Detta visade sig inte minst i hans reformer på straffrättens område såsom tortyrens avskaffande 1772.⁵

Gustav III hade också ett uttalat intresse för ”en oväldig, billig och skyndsamt rättsskipning”.⁶ Detta intresse tog emellertid främst sitt uttryck i att kungen ökade kontroller av den dömande makten då han saknade allmänt förtroende för juridiken. Gustav III:s granskning av domstolarna, som han ansåg vara orättvisa och korrupta, ledde också fram till en serie rättegångar där ett antal hovrättsjurister, bland annat i Göta hovrätt, ställdes inför rätta och dömdes.⁷

Hovrätten, som inrättades 1614⁸, hade efter beslut 1615 tilldelats rollen som appellationsdomstol, en mellaninstans vars beslut inte kunde överklagas. Var parterna missnöjda kunde de emellertid ödmjukt vända sig till kungen och rådet som i sin tur slutligen kunde avgöra målet genom *Beneficium revisionis*. Detta extraordinära rättsmedel, även kallat ”gå till kungs”⁹, finns som bekant kvar till viss del än idag, dock i kraftigt modifierad form.¹⁰

⁴ Häthén 2004 s. 169.

⁵ Häthén 2004 s. 150.

⁶ Wedberg 1922 s. 5.

⁷ Wedberg 1922 s. 5. Se även Modéer 2014 s. 150.

⁸ Svea Hovrätt grundades av Gustav II Adolf år 1614 och var då också kungens högsta domstol. Se Wedberg 1922 s. 22.

⁹ Modéer 2014 s. 41.

¹⁰ Se vidare angående nåd och dispens i 12 kap. 9 § RF.

2.1.2 HD:s bildande

År 1789 befann sig Sverige sedan året innan i krig mot Ryssland och rikets finanser var usla. Gustav III kände sig tvingad att sammankalla en riksdag och slöt en överenskommelse tillsammans med de tre ofrälse av de fyra riksständerna (adeln motsatte sig) som benämndes Förenings- och säkerhetsakten. Beslutet sågs som ett tillägg till 1772 års regeringsform och innebar bland annat att justitierevisionen ersattes av *Konungens Högsta domstol*. Justitierevisionen var den del av rådet som avgjorde juridiska tvister i sista instans¹¹ och reglerades i 8 § i 1772 års regeringsform¹². Ur protokollet från domstolens första sammanträde den 15 maj 1789 stadgas att domstolen skulle bestå av 12 lagkunniga ledamöter, hälften frälse (adliga) och hälften ofrälse. Kungen satt också med som domare och hade även två röster. HD:s uppdrag var således att leverera kungens dom i justitierevisionens ställe i enlighet med 8 § i 1772 års regeringsform.¹³

Tidstypiska mål från HD:s första verksamhetsår kännetecknades av nådeansökningar från dömda brottslingar där det utdömda straffet ofta ändrades i mildare riktning.¹⁴ Någon sådan nåd visade HD emellertid inte när domstolen, knappt tre år efter dess instiftande, hade att ta ställning till en böneskrift om nåd från ingen mindre än Gustav III:s mördare, Jacob Johan Anckarström. Hovrätten hade den 13 april 1792 dömt Anckarström till att piskas offentligt under tre dagar för att sedan avrättas. Redan dagen efter avslag HD Anckarströms nådeansökan med motiveringen att:

*”Ankarströms brott innefattar ett argt uppsåt och grym fullbordan, så att flere omständigheter tillstötta som giva hans missgärning utseende av en av de svåraste som givas kan, så kunde Högsta Domstolens ledamöter ingalunda tillstyrka den av Ankarström sökte nåd och lindring i det honom ådömde välförtjänte straff.”*¹⁵

2.2 HD under 1809 års regeringsform

2.2.1 Allmänt

Under början av år 1809 rådde massivt motstånd mot statsledningen efter Sveriges förlust av Finland. Kungen avsattes och en kommitté bildades i syfte att föreslå en ny regeringsform.¹⁶ Av alla de åsiktsyttringar som förekom i arbetet med den nya regeringsformen var det de mer moderata krafterna som segrade. Huvuddragen i den nya grundlagen byggde till stor

¹¹ Modéer 2014 s. 112.

¹² Wedberg 1922 s. 5.

¹³ Wedberg 1922 s. 23.

¹⁴ Wedberg 1922 s. 30 ff.

¹⁵ Wedberg 1922 s. 49.

¹⁶ Häthen 2004 s. 191.

del på Montesquieus maktodelningslära. Statsmakten delades upp i främst tre¹⁷ funktioner: den lagstiftande makten som tillföll riksdagen, den styrande makten som bestod av kungen och statsråd och den dömande makten som låg hos domstolarna.¹⁸

2.2.2 HD:s ställning

Under den gustavianska tiden var HD:s konstitutionella ställning relativt svag. Det enda som stadgades i grundlag var att alla justitieärenden skulle avgöras där, att den skulle bestå av hälften frälse och hälften ofrälse ledamöter och att konungen hade två röster.

När det under början av 1800-talet behövdes en ny regeringsform var det därför angeläget att i högre utsträckning befästa och därigenom höja HD:s, men även domarmaktens, ställning som självständig under lagarna. För HD:s vidkommande som domarmaktens högsta organ var detta av särskilt stor vikt. Med anledning härav ansågs det nödvändigt att också i regeringsformen skriva in bestämmelser om HD:s kompetens, sammansättning, arbetssätt osv. Formerna för detta hade tidigare endast varit reglerade i skrifter och muntliga befattningar av Gustav III själv.¹⁹

Även om maktodelning var en central del i 1809 års regeringsform kvarstod emellertid kungens inflytande över HD. Domstolen benämndes *konungens högsta domstol* och skulle likväl svara för *konungens domsrätt*²⁰. Samtliga beslut utfärdades i konungens namn och med dennes underskrift eller under dennes sigill.²¹ Kungen hade också fortfarande två röster i domstolen om denne så önskade.²²

HD:s verksamhet var inte heller enbart dömande. Domstolen kunde även avge yttranden på lagförslag och var därmed aktiv i lagstiftningsprocessen som ”lagråd”.²³

Ledamöterna i HD titulerades justitieråd²⁴ och denna titel blev i och med den nya grundlagen ett fast ämbete. Tidigare utsågs ledamöterna på tre år och kunde därför knappast anses vara judiciellt oberoende.²⁵ Justitieråden kontrollerades av riksdagen och hade även möjlighet att avsätta dem.²⁶

¹⁷ Vissa författare talar istället om en femfaldig funktionsfördelning med beskattnings- och kontrollmakten som enskilda funktioner. Se bl. a Häthén 2004 s. 193.

¹⁸ Rönström 1997 s. 450.

¹⁹ Wedberg 1940 s. 33.

²⁰ 17 § 1809 års RF. Här stadgades också ordningen med hälften frälse, hälften ofrälse ledamöter i HD.

²¹ 23 § 1809 års RF.

²² 21 § 1809 års RF. Kungen var emellertid långt ifrån alltid intresserad av att delta i HD:s arbete, se Weberg 1940 s. 58 f.

²³ 87 § 1809 års RF. Se även SOU 2007:85 s. 16.

²⁴ 17 § 1809 års RF.

²⁵ Strömholm 1989 s. 165.

²⁶ 103 § 1809 års RF. Riksdagen utnyttjade dock aldrig denna möjlighet som inte heller ansågs förenlig med principen om domstolarnas självständighet. Se SOU 1963:17 s. 516 f.

I 1809 års regeringsform fanns också en tydlig koppling till det återskapade riksrådet.²⁷ Justitieministern var både statsråd och främste ledamot i HD.²⁸

2.2.3 Utveckling

I den s.k. Departementalreformen²⁹ år 1840 avskaffades justitieministerns plats i HD och därmed upphörde också kopplingen mellan HD och riksrådet. 1845 blev även HD:s sammansättning fri och ordningen med häften frälse och hälften ofrälse justitieråd avskaffades.³⁰

Under mitten av 1800-talet ökade HD:s arbetsbörda. Domstolens tolv ledamöter år 1860 utökades till 16 vilka delades upp på två avdelningar. Med anledning härav infördes avgörande i plenum för de fall en avdelnings ställningstagande avvek från tidigare praxis.³¹

Under början av 1900-talet började regeringsmakten i allt större utsträckning att bli självständig i förhållande till den personliga kungamakten. Regeringens ställning som ”politiskt ledande och verkställande organ”³² framträdde alltmer tydligt samtidigt som de förvaltningsrättsliga delarna dämpades. Detta märktes inte minst 1909 då lagrådet bildades och övertog HD:s uppdrag att avge yttranden i lagstiftningsärenden. Samma år inrättades också en ytterligare högsta domstol, Regeringsrätten, med syfte att avgöra administrativa mål.³³ 1909 förlorade kungen sin rätt att delta i HD:s dömande verksamhet.³⁴ Kungens två röster och utslagsröst i HD hade emellertid endast utnyttjats totalt två gånger.³⁵

2.2.3.1 Prejudikat- och intressedispens

Under början av 1900-talet hade HD:s arbetsbelastning nått en sådan nivå att något behövde göras. Att återigen utöka antalet ledamöter ansågs dock inte som något bra alternativ.³⁶ Istället infördes år 1915 en begränsning av fullföljanderätten. Detta innebar att förmögenhetsrättsliga mål vars värde understeg 1 500 kr (summa revisibilis) samt brottmål av mindre art (poena revisibilis) inte fick överklagas till HD. Det fanns däremot två möjligheter att få dispens i dessa mål. Det första var genom prejudikatdispens, om det

²⁷ Riksrådet avskaffades av Gustav III men återkom i en ny version i och med 1809 års RF, se Häthén 2004 s. 193.

²⁸ Höglund 1989 s. 179.

²⁹ Se vidare Dir. 1987:2.

³⁰ Häthén 2004 s. 196. Se även SOU 2007:85 s. 16.

³¹ Höglund 1989 s. 179.

³² Häthén 2004 s. 226.

³³ Häthén 2004 s. 226.

³⁴ SOU 2007:85 s. 16.

³⁵ Höglund 1989 s. 179.

³⁶ Höglund 1989 s. 180.

var av synnerlig vikt för en enhetlig lagtolkning eller rättstillämpning att frågan prövades av HD. Det andra var genom intressedispens, om ena parten kunde visa att talans fullföljande skulle ha synnerlig betydelse utöver det mål som var uppe till prövning.³⁷ Dispensprövningen gjordes av en särskild avdelning i HD bestående av tre ledamöter.³⁸

1942 presenterades regeringens förslag till ny rättegångsbalk. Propositionen överensstämde i huvudsak med 1938 års processlagsberednings förslag. 1945 infördes krav på prövningstillstånd för samtliga mål som överklagades till HD. Samtidigt lanserades också möjligheten att, utöver intresse- och prejudikatdispens, få *ändringsdispens* om det fanns anledning att ändra hovrättens dom och *allmän dispens* om det fanns omständigheter i målet som motiverade en sådan prövning. Rättegångsbalken (1942:740) (RB) antogs sedermera i sin helhet 1948.³⁹

I och med RB:s införande blev det också möjligt att hålla en muntlig huvudförhandling även i HD. Dessförinnan hade processen enbart varit skriftlig.⁴⁰

2.2.4 1971 års fullföljdsreform

1971 års fullföljdsreform innebar en sista avgörande begränsning av fullföljdsrätten som kom att lägga grunden för HD som vi känner den idag.

Som tidigare berörts krävdes prövningstillstånd (dispens) för att HD skulle uppta ett överklagande till prövning. HD kunde enligt dåvarande 54 kap. 10 § meddela prövningstillstånd om det vore av synnerlig vikt för en enhetlig rättstillämpning (prejudikatdispens), om det skulle ha synnerlig betydelse utöver det aktuella målet (intressedispens), om det fanns anledning att ändra hovrättens dom (ändringsdispens) eller om det annars med hänsyn till omständigheterna i fallet fanns anledning att ändra hovrättens dom.⁴¹

Den största förändringen i 1971 års reform var att möjligheterna att fullfölja sin talan till HD begränsades kraftigt. Dispens skulle nu endast medges i prejudikatbildande syfte eller om det fanns synnerliga skäl, varvid möjligheterna till ändringsdispens, intressedispens och allmän dispens avskaffades. Detta skulle enligt lagstiftaren tilldela HD ställningen som i princip en renodlad prejudikatinstans.⁴² Det skulle inte längre vara HD:s främsta uppgift att säkerställa att rättvisa skipades i det enskilda fallet.

³⁷ Höglund 1989 s. 180. Se även prop. 1971:45 s. 24.

³⁸ Se 3 § i lagen den 14 maj 1915 angående HD:s tjänstgöring på avdelningar. Se vidare SOU 1938:44 s. 15 och Welamson & Munck 2011 s. 130 f.

³⁹ SOU 1938:44 s. 61 f. Se även prop. 1971:45 s. 25 f.

⁴⁰ Vilket i sin tur medförde att domstolen 1949 flyttade från Stockholms slott till Bondeska palatset där HD återfinns även idag. Se Högsta domstolens historia <http://www.hogstadamstolen.se/Mer-om-Hogsta-domstolen/Historia/> hämtad den 16 oktober 2015.

⁴¹ Prop. 1971:45 s. 26 f.

⁴² Prop. 1971:45 s. 1.

Samtidigt infördes även möjligheten att få dispens beviljad för en begränsad del av målet, s.k. partiell dispens.⁴³

2.2.4.1 Motiv

I propositionen 1971:45 betonades vikten av att rättstillämpningen tillgodoser medborgarnas och det allmännas krav på enhetlighet och konsekvens. Vidare konstaterade departementschefen att detta behov hade ökat under senare år i och med att lagstiftaren i allt högre utsträckning hade överlämnat svåra bedömningar och avvägningar åt rättstillämpningen:

”HD:s viktigaste uppgift bör därför vara att ge vägledning för rättstillämpningen och fullföljdsreglerna bör vara så utformade att de ger största möjliga utrymme för HD att bedriva prejudikatbildande verksamhet. I princip bör HD enligt min mening endast pröva sådana frågor som är av intresse för dessa synpunkter. Mot en sådan ordning kan invändas att de försämrar de nuvarande möjligheterna för part att oberoende av prejudikatintresse få sin sak prövad i tre instanser med de garantier för ett riktigt avgörande som detta innebär. Men enligt min mening bör strävan vara att i första hand åstadkomma enhetlighet och konsekvens i rättstillämpningen.”⁴⁴

Departementschefen påpekade också att endast ett av tio mål som fullföljdes till HD ledde till ändring av hovrättens dom, varvid överprövning till tredje instans inte var påkallad av rättssäkerhetssynpunkt. Dessutom medförde dåvarande ordning en hög arbetsbelastning för HD som i sin tur ledde till att domstolens rättsbildande funktion blev lidande.⁴⁵

I och med de ändrade fullföljdsreglerna förväntade departementschefen att HD:s arbetsbörda skulle minska betydligt på sikt. Utfallet blev emellertid att antalet fullfölja mål till HD mer än fördubblades på tio år.⁴⁶

⁴³ Prop. 1988/89:78 s. 18.

⁴⁴ Prop. 1971:45 s. 83.

⁴⁵ Prop. 1971:45 s. 83.

⁴⁶ Höglund 1989 s. 183. Se även Prop. 1971:45 s. 93.

3 Högsta domstolen idag

Som redovisats i andra kapitlet svarade HD tidigare för kungens domsrätt och fungerade i mångt och mycket som en rättvisegarant dit den enskilde hade tillträde till i betydligt större omfattning än idag.

3.1 HD:s roll som högsta instans

I nuvarande regeringsform finns det inget uttryckligt stadgat om HD:s syfte och funktion, bortsett från ett antal mer administrativa bestämmelser om åtal mot statsråd etc.⁴⁷ I RB finns också några paragrafer som ger viss vägledning. 3 kap. 1 § RB stadgar att HD är överrätt i mål som fullföljs från hovrätten. I 54 kap. 10–11 §§ RB går det också att utläsa att HD är en prejudikatinstans.⁴⁸

Rättsskipning i den högsta instansen kan sägas ha huvudsakligen två syften. HD ska vara en form av garant för att avgöranden i enskilda fall är materiellt riktiga genom att tillhandhålla en möjlighet till överprövning av hovrättens dom. Samtidigt ska HD se till att ge vägledning i för underrätternas avgöranden i liknande, framtida mål. Efter 1971 års fullföljdsreform, då HD tilldelades rollen som prejudikatinstans, torde detta syfte fått en betydligt större betydelse, samtidigt som HD:s materiella prövning av underrättsdomar minskat. Även om de båda målen principiellt går att förena är de i praktiken svåra att kombinera. För att HD:s prejudicerande roll ska bli meningsfull krävs det att rätten att få sin sak prövad i högsta instans begränsas. Om rätten att få överprövning i HD var obegränsad skulle arbetsbördan för domstolen bli för stor. Ur rättssäkerhetssynpunkt är det av stor vikt att det finns en möjlighet att få sin sak prövad i mer än en instans. Den rättigheten torde dock anses tillfredsställd genom hovrättens prövning varvid en ytterligare överprövning i tredje instans inte är nödvändig. En alltför långdragen rätt till överprövning kan också äventyra rätten för den parten som har ”rätt” att få detta fastställt inom skälig tid till en skälig kostnad.⁴⁹

Den prejudikatbildande funktionen är särskilt viktig inom sådana rättsområden där det till stor del saknas relevant lagstiftning. Men den är också betydelsefull inom andra områden. Eftersom lagstiftningen till sin karaktär är generellt skriven och utgår från sedvanliga typfall är det upp till HD att avgöra hur lagstiftningen ska tolkas i mer särpräglade fall.⁵⁰

⁴⁷ Se 13 kap. 3 § RF.

⁴⁸ Jfr. Fitger m.fl. Rättegångsbalken (Zeteo oktober 2015) kommentaren till 54 kap. 10–11 §§.

⁴⁹ Welamson & Munck 2011 s. 129 f.

⁵⁰ Welamson & Munck 2011 s. 130.

Som prejudikatinstans förväntas HD uttala sig så pass brett att prejudikatet senare kan appliceras på andra fall. HD får samtidigt inte uttala sig så allmänt att det skulle bli frågan om skapande av generella normer utan anknytning till konkreta frågeställningar. Det senare skulle till och med kunna anses strida mot en av rättsstatens grundläggande principer, eftersom HD:s primära uppgift är att tolka lagstiftningen i enskilda fall och inte konkurrera med lagstiftaren. När HD ska formulera allmänna rättsprinciper bör domstolen därmed iakta viss försiktighet.⁵¹ Detta kommer att behandlas närmare nedan som en del i konflikten mellan juridik och politik i kapitel fyra.

Som renodlad prejudikatinstans ska HD komplettera lagstiftningen där det anses behövt och leda rättsutvecklingen framåt genom att selektivt avgöra vilka mål som är intressanta för ändamålet. Inom straffrätten är det HD:s uppgift att ge underrätterna riktlinjer för exempelvis påföljdsval och straffmätning, reda ut straffrättsliga begrepp samt utveckla grunderna för ansvarsfrihet.⁵²

3.2 Prövningstillstånd till HD

11 kap. 1 § RF stadgar att möjligheterna att få ett mål prövat i HD kan begränsas genom lag. Desamma gäller för Högsta förvaltningsdomstolen, hovrätt och kammarrätt. Föreskrifter om överklagande av hovrättens dom finns i 54 kap. 1 § RB som anger att hovrättens dom i regel får överklagas om inte annat är föreskrivet. Men i 54 kap. 9 § stadgas att prövningstillstånd (dispens) krävs för att HD ska pröva hovrättens dom eller slutliga beslut i mål eller ärende som väckts vid tingsrätt. Prövningstillstånd kan beviljas genom antingen prejudikatdispens eller extraordinär dispens vilket följer av 54 kap. 10 §.

Om HD beslutar att inte meddela prövningstillstånd motiveras detta enbart med en genomgång av reglerna för prövningstillstånd och varför domstolen inte funnit att sådana skäl förekommit. Beslutar HD däremot att meddela prövningstillstånd lämnas ingen motivering överhuvudtaget. Motivet till denna ordning är dels att själva syftet med prövningstillstånd som en begränsning av HD:s arbetsbelastning skulle urvattnas, dels skulle ett beslut om prövningstillstånd kunna betraktas som ett prejudikat i sig.⁵³

Av alla brottmål som överklagas till HD beviljas prövningstillstånd i mindre än fem procent av fallen. Motsvarande siffra för andra mål ligger runt tio procent. Med anledning av att HD så pass sällan beviljar prövningstillstånd har ett beslut från domstolen att inte meddela sådant tillstånd inget prejudikatvärde överhuvudtaget.⁵⁴

⁵¹ Peczenik 1995 s. 55. Se även Bengtsson 1997 s. 117.

⁵² Regner 2004 s. 913 f.

⁵³ Welamson & Munck 2011 s. 155.

⁵⁴ Fitger m.fl. Rättegångsbalken (Zeteo oktober 2015) kommentaren till 54 kap. 10 §.

3.2.1 Prejudikatdispens

HD kan bevilja prövningstillstånd enligt 54 kap. 10 § RB 1 st. 1 p. om det är av vikt för ledningen av rättstillämpningen att domstolen prövar överklagandet. Med begreppet rättstillämpning åsyftas inte bara lagregler utan även tidigare praxis och andra rättsregler. Prejudikatdispens beviljas i regel då det helt enkelt saknas prejudikat som anger hur rättsfrågan ska bedömas. Ekelöf framhåller att HD också har ett ansvar att se till att domstolens praxis är enhetlig och tillfredsställande. Prövningstillstånd kan därför meddelas även om det finns vägledande prejudikat men där kanske rättsfrågan är invecklad eller om hovrätten avvikit eller missförstått prejudikatet. HD är inte heller bunden av sina tidigare prejudikat och kan således ändra praxis om domstolen anser att det finns ett sådant behov.⁵⁵

Om HD däremot avser att ändra tidigare intagen praxis får HD besluta att målet ska avgöras av domstolen i sin helhet (pleniavgörande).⁵⁶ Även om formuleringen i paragrafen inte är av tvingande karaktär torde bestämmelsen i praktiken anses tvingande och HD är också ytterst angelägen om att inte avvika från sina tidigare prejudikat.⁵⁷

Viktigt att notera är att det vid bedömning av prejudikatdispens i 54 kap. 10 § 1 p. saknar självständig betydelse huruvida hovrättens avgörande är ”rätt” eller inte. Det centrala i 1971 års reform var just att dispens inte skulle meddelas enbart på den grunden att en hovrättsdom var felaktig. Det är endast behovet av ett prejudikat i den aktuella rättsfrågan som är avgörande. Klaganden som begär prejudikatdispens gör det däremot av eget intresse snarare än av hänsyn till rättsbildningen.⁵⁸ För att försöka få till stånd en ändring av hovrättens avgörande måste klaganden således argumentera för något som denne egentligen saknar intresse av.⁵⁹

3.2.2 Extraordinär dispens

54 kap. 10 § 1 st. 2 p. RB anger att prövningstillstånd också kan meddelas om synnerliga skäl föreligger. Det kan aktualiseras om det finns skäl för resning, vid domvilla eller om andra grova misstag begåtts. Eftersom enbart domar som vunnit laga kraft kan angripas med de extraordinära rättsmedlen resning (58 kap.) och domvilla (59 kap.) motiveras bestämmelsen med att parterna ska kunna överklaga på de grunderna utan att behöva vänta på att domen i fråga vinner laga kraft. Utrymmet för att utnyttja denna dispensgrund är emellertid mycket begränsat och används också sällan.⁶⁰

⁵⁵ Ekelöf och Edelstam 2008 s. 158. Se även Fitger m.fl. Rättegångsbalken (Zeteo oktober 2015) kommentaren till 54 kap. 10 §.

⁵⁶ Fitger m.fl. Rättegångsbalken (Zeteo oktober 2015) kommentaren till 3 kap. 6 §.

⁵⁷ Gregow 2002 s. 117 f.

⁵⁸ Ekelöf och Edelstam 2008 s. 158 f. Se även Welamson & Munck 2011 s. 148.

⁵⁹ Gregow 1997 s. 808.

⁶⁰ Ekelöf och Edelstam 2008 s. 160 f.

Extraordinär dispens kan också beviljas om målets utgång i hovrätten beror på grovt förbiseende eller misstag. Företeelsen kan jämföras med bestämmelserna om grovt rättegångsfel och är likväl mycket sällsynt i praktiken. Förbiseendet eller misstaget i fråga ska vara grovt och väsentligt ha påverkat målets utgång.⁶¹ Det är dock inte tillräckligt att enbart påvisa ett grovt fel i hovrättens dom. Felet måste också stå i uppenbart samband med utgången i målet.⁶²

Enligt förarbetena torde extraordinär dispens även kunna beviljas på den grunden att en dom avviker från en klar och entydig praxis i HD. Det ska dock vara frågan om ett uppenbart rättsstridigt avgörande och bedömningen bör vara lika restriktiv som vid bedömningen av ansökan om resning.⁶³

3.2.3 Partiellt prövningstillstånd

Huvudregeln för ett prövningstillstånd är att det omfattar hela överklagandet. Prövningstillstånd kan dock även meddelas för en begränsad fråga eller en begränsad del av målet om denna är av vikt för rättstillämpningen.⁶⁴ På så sätt kan frågor som inte är av prejudikatintresse avskiljas från HD:s prövning. Hovrättens dom står då fast i de delar som inte omfattas av prövningstillståndet och vinner således laga kraft. Partiell dispens bör därför endast meddelas då prejudikatfrågan inte påverkar målet i övrigt.⁶⁵

Möjligheten att meddela dispens i en prejudikatfråga infördes 1989⁶⁶ i syfte att avlasta HD från sakfrågor som saknade betydelse utöver det aktuella målet och därigenom låta HD lägga större fokus på rättsfrågorna av prejudikatintresse.⁶⁷ Reformen kan därför ses som ett ytterligare steg att förstärka HD:s prejudikatskapande roll och därigenom en viktig vidareutveckling av 1971 års fullföljdsreform.⁶⁸

3.2.4 Hänskjutande av prejudikatfråga

Det finns även en möjlighet för en tingsrätt att hänskjuta en prejudikatfråga direkt till avgörande i HD. Detta följer av 56 kap. 13–15 §§ och 42 kap. 17 a §. Den s.k. hissen infördes liksom reglerna om partiellt prövningstillstånd i samband med reformen av HD 1989 och syftade bland annat till att förenkla och snabba på prejudikatbildningen.⁶⁹ För att kunna utnyttja bestämmelsen

⁶¹ Fitger m.fl. Rättegångsbalken (Zeteo oktober 2015) kommentaren till 54 kap. 10 §.

⁶² Ekelöf och Edelstam, 2008 s. 161.

⁶³ Prop. 1971:45 s. 87 och 91 f. Se även Welamson & Munck 2011 s. 148 och 150

⁶⁴ 54 kap. 11 § RB 1 st.

⁶⁵ Fitger m.fl. Rättegångsbalken (Zeteo oktober 2015) kommentaren till 54 kap. 11 §.

⁶⁶ I prop. 1988/89:78.

⁶⁷ Möjligheten till partiell dispens i 54 kap. 11 § fanns redan tidigare men ansågs inte tillräcklig för att urskilja frågorna av prejudikatintresse. Se prop. 1988/89:78 s. 21.

⁶⁸ Fitger m.fl. Rättegångsbalken (Zeteo oktober 2015) kommentaren till 54 kap. 11 §.

⁶⁹ Prop. 1988/89:78 s. 64 ff.

som också benämns ”hissen” krävs det enligt 56 kap. 13 § först och främst att det handlar om en prejudikatfråga. Men det måste också gälla ett dispositivt tvistemål och parterna måste samtycka till att frågan hänskjuts till HD. Det framgår också av 56 kap. 14 § att det liksom för prejudikatdispens också krävs prövningstillstånd enligt reglerna i 54 kap. 11 §. Det ska alltså vara en prejudikatfråga vars prövning är av vikt för ledning i rättstillämpningen.⁷⁰

Hissen används dock ganska sällan i praktiken. HD har under senare år årligen prövat ungefär 1–2 sådana förfrågningar.⁷¹

3.3 Prejudikatens ställning i den svenska rättsordningen

Lagar och föreskrifter är som bekant bindande och ska beaktas som auktoritetsskäl vid juridisk argumentation. Detta följer bland annat av 1 kap. 1 § RF som stadgar att den offentliga makten utövas under lagarna. Domstolarna har också en skyldighet att tillämpa lagarna.⁷² De högsta domstolsinstansernas avgörande bör beaktas men är inte bindande. En domstol har således möjligheten att i en dom avvika från ett prejudikat utan att riskera sanktioner. Men sannolikheten att domen står sig i högre instans minskar.⁷³

Att prejudikat inte är bindande konstaterade riskdagens lagutskott redan 1947 då JO kritiserat en underrättsdomare som inte följt ett pleniavgörande från HD. Utskottet menade att JO:s kritik inte överensstämde med den dåvarande ståndpunkten i svensk rätt och uttalade vidare att ”endast tyngden av de skäl som av HD åberopades till motivering för domstolen borde vara avgörande för HD:s inflytande på rättstillämpningen i de lägre instanserna.”⁷⁴ Det ska i sammanhanget också nämnas att det idag saknas lagstiftning kring prejudikatbundenhet. Prejudikaten bör istället ses som en komplement som bidrar till att stärka lagstiftningen.⁷⁵

Som tidigare nämnts är HD inte heller bunden av de prejudikat domstolen själv skapar och kan därmed vid behov ändra ett tidigare ställningstagande. I praktiken krävs det emellertid att mycket starka skäl talar för en praxisändring. HD är också mycket obenägen att avvika från tidigare ställningstaganden, inte minst då detta skulle kunna äventyra de krav på enhetlighet och konsekvens som 1971 års fullföljdsreform starkt betonade. HD torde därför i princip anses bunden av sina egna prejudikat.⁷⁶

⁷⁰ Jfr. Ekelöf och Edelstam, 2008 s. 151.

⁷¹ Ekelöf och Edelstam, 2008 s. 151.

⁷² Peczenik 1995 s. 227. Se även Peczenik 1974 s. 374.

⁷³ Peczenik 1974 s. 374.

⁷⁴ SOU 1986:1 s. 47. Se även JO 1947 s. 113 och 1 LU 1947:1.

⁷⁵ Gregow 2002 s. 113.

⁷⁶ Gregow 2002 s. 117 ff.

Underinstanserna är som sagt inte heller bundna av HD:s prejudikat. Gregow framhåller att detta de facto innebär att HD helt enkelt inte har samma auktoritet som lagstiftaren när det gäller att bestämma innehållet i en lagregel. Även om HD:s prejudikat inte är formellt bindande menar Gregow vidare att underinstanserna följer HD:s avgöranden i så pass stor utsträckning att de i praktiken anses bundna.⁷⁷

Nyttan för underrätterna att frånga HD:s prejudikat har också ifrågasatts av f.d. justitierådet Johan Lind som enbart en fördröjning av processen. Detta eftersom domare, åklagare och advokater är högst medvetna om att prejudikattrots leder till ett överklagande som i sin tur sannolikt leder till att högre instans ändå kommer att ”rätta till saken”. Domstolarna ska därför rätta sig efter HD:s avgöranden.⁷⁸ Peczenik framhåller att prejudikat bör beaktas som auktoritetsskäl i den juridiska argumentationen. Han konstaterar vidare att underrätterna i regel följer HD:s prejudikat och avviker i princip endast från dem om de vill att HD omprövar sin praxis.⁷⁹ Det har bland annat framförts att den svenska prejudikatbundenheten är persuasiv snarare än auktorativ.⁸⁰

HD har också konstaterat att det inte finns någon skyldighet att följa de högsta instansernas prejudikat. Domstolen anförde att HD:s prejudikat visserligen kan få betydelse i bedömningen av om en domstol gjort sig skyldig till fel eller försummelse i sin rättstillämpning, men att det jämväl måste finnas handlingsutrymme för underrätternas rättsskapande verksamhet. En domstol borde därför kunna avvika från HD:s praxis så länge den kan motivera varför. Det förhållandet att hovrätten i det aktuella målet avvikit från HD:s prejudikat ansågs därför inte utgöra grund för skadeståndsskyldighet från staten.⁸¹

I propositionen till 1971 års fullföljdsreform aktualiserades också frågan om prejudikatets bindande verkan. Departementschefen ansåg däremot frågan vara utan betydelse och konstaterade att domstolarna följde HD:s praxis, samt att det inte fanns något som tydde på att de inte skulle göra det också i framtiden.⁸²

Någon formell eller absolut skyldighet att följa HD:s prejudikat finns således inte i svensk rätt. Det talas istället om att underrätterna är informellt bundna av HD:s domar men att det också är motiverat att följa prejudikaten eftersom det sparar tid för underrätterna. De behöver på så sätt inte uppfinna hjulet på nytt.⁸³

⁷⁷ Gregow 2002 s. 114, 124.

⁷⁸ Lind 1995/96 s. 232. Se även Gregow 2002 s. 115.

⁷⁹ Se Peczenik 1995 s. 239.

⁸⁰ Scheiman 2015 s. 764.

⁸¹ NJA 1994 s. 194.

⁸² Prop. 1971:45 s. 49, 92.

⁸³ Scheiman 2015 s. 763.

3.3.1 Bör HD:s prejudikat följas?

Jag har precis konstaterat att HD:s prejudikat är av stor vikt och bör beaktas i rättstillämpningen, men också att det heller inte finns någon lagstadgad skyldighet för vare sig HD eller underrätterna att följa dessa. Peczenik har listat ett antal skäl för varför prejudikat bör följas respektive vad som talar emot en alltför stark bundenhet till prejudikaten.

Först och främst bör prejudikat följas för att det gör rättstillämpningen enhetligare och därmed mer rättssäker, både vad gäller förutsägbarhet och etiskt godtagbarhet. Dessutom slipper domstolen att återigen ta ställning till det som talar för respektive emot ett visst avgörande om prejudikatet istället följs. Vidare besitter den högsta instansen mycket hög kompetens, större tidsramar samt bra underlag från både underinstanserna och revisionssekreterarna. Som tidigare nämnts finns det också en större risk att en dom som avviker från ett prejudikat sedermera överklagas och ändras.⁸⁴

Vad som däremot talar mot en alltför stark prejudikatbundenhet är att de högsta domarinstanserna genom prejudikat skapar generella rättsregler, en uppgift som egentligen tillhör lagstiftaren. Denna ”maktförskjutning” kan i extrema fall uppfattas som odemokratisk då domarna, till skillnad från politikerna, inte är folkvalda. Slutligen ger en tydlig lagregel ett ”bättre underlag än ett prejudikat för den rättssäkra förutsägelsen av framtida avgöranden.”⁸⁵

Avslutningsvis konstaterar Peczenik att skälen för att följa prejudikaten väger tyngst och att det inte finns någon risk att maktbalansen skulle ändras till förmån för den dömande makten.⁸⁶ Prejudikat bör följas i alla efterföljande fall som ”väsentligen liknar prejudikatfallet”.⁸⁷

⁸⁴ Peczenik 1995 s. 238.

⁸⁵ Peczenik 1995 s. 239.

⁸⁶ Peczenik 1995 s. 239.

⁸⁷ Peczenik 1995 s. 233.

4 Förhållandet juridik och politik

Detta kapitel bygger till stor del på SOU 1999:58 *Löser juridiken demokratins problem?* och SOU 1999:76 *Maktdelning*. Trots att mycket har hänt i den svenska rättsordningen sedan dessa utredningar författades anser jag att de på ett tydligt sätt beskriver förhållande mellan juridik och politik. De förändringar som då hade börjat initieras påverkar än i idag i stor utsträckning den svenska rättsordningen. Dessutom ger de en bild av de potentiella stötestenar som den svenska rättsordningen stod inför vid slutet av det förra milleniet.

4.1 Maktdelning

Den grundläggande konflikten mellan juridik och politik torde ligga i den för demokratin så centrala och ytterst nödvändiga maktdelningsläran grundad av Montesquieu. Hans grundtankar går att urskilja mycket tydligt i den amerikanska konstitutionen. Maktdelningslärans princip bygger på att maktmonopol, oavsett var den är lokaliserad, alltid utgör ett hot mot individens frihet. Därför måste den offentliga makten, den lagstiftande, dömande och verkställande makten, åtskiljas för att garantera de demokratiska institutionernas funktion.⁸⁸

Vår svenska grundlag RF bygger emellertid inte enbart på maktdelningsläran. RF:s portalparagraf 1 kap. 1 § 1 st. stadgar att all offentligt makt i Sverige utgår från folket. Denna bestämmelse utgår istället från folksuveränitetens princip. 1 § 2 st. stadgar att den offentliga makten utövas under lagarna och 1 kap. 4 § säger att riksdagen är folkets främsta företrädare och att riksdagen stiftar lagar. Regeringen styr riket men är också ansvarig inför riksdagen vilket följer av 6 §. Folkrepresentationens lagstiftningsmakt är en grundbult i den svenska rättsordningen och kan spåra sina rötter ända till medeltiden.⁸⁹

RF stadgar också att ingen myndighet och inte heller riksdagen får bestämma hur en domstol ska döma eller hur en domstol ska tolka en lagregel i ett enskilt fall.⁹⁰ Stadgandet garanterar domstolarnas grundlagsfästa oavhängighet och är egentligen ett avsteg från folksuveränitetsprincipen till förmån för maktdelning. Härav går det att konstatera att folksuveränitetsläran inte är den enda bärande principen i RF. Maktdelning torde helt enkelt vara så pass grundläggande för ett demokratiskt samhälle att till och med de folkvalda får ta ett steg tillbaka.⁹¹

⁸⁸ SOU 1999:58 s. 29 f.

⁸⁹ SOU 1999:76 s. 69. Se även Strömberg & Lundell 2011 s. 17.

⁹⁰ 11 kap. 3 § RF.

⁹¹ SOU 1999:58 s. 30.

Det torde sammantaget kunna konstateras att domstolarna enligt 1 kap. 1 § 1 st. RF saknar politisk makt, samtidigt som domstolarnas oavhängighet garanteras av 11 kap. RF.⁹²

4.2 Domstolarnas roll

Domstolarnas främsta uppgift är att tillämpa lagstiftningen i praktiken i konkreta fall. Av detta följer att domstolarna verkar under lagarna och är, som bekant, självständiga i förhållande till den politiska makten. I förarbetena till RF poängterades att domstolarnas rättskipande verksamhet är ett viktigt element i samhället⁹³.

Domarnas viktigaste uppgift är således att skipa rätt genom att tillämpa lagen. Om lagen är otydlig är det domarens uppgift att tolka, fylla ut och skapa rätt. Domarens måste alltså använda sitt eget omdöme.⁹⁴ Jag kommer att återkomma till detta i kapitel 4.5.

4.2.1 Rättsskipning – om begreppet

1 kap. 8 § RF stadgar att domstolarna svarar för rättsskipningen och detta regleras även i 11 kap. Rättsskipning betecknas i propositionen som domstolarnas dömande verksamhet. Föredragande statsråd ansåg det inte meningsfullt att i inledningskapitlet ge någon närmare definition av begreppet rättsskipning.⁹⁵ Någon sådan definition finns heller inte i RF:s övriga kapitel. Förenklat uttryckt kan rättsskipning definieras som ”den dömande verksamhet som samhället genom domstolar utövar för att upprätthålla rättsordningen”.⁹⁶

4.2.2 Lagprövning

Även om domstolarna lyder under lagarna får de inte tillämpa en föreskrift som strider mot grundlagen eller annan överordnad författning. Detta följer av 11 kap. 14 § RF och tillskriver därmed domstolarna rätten att pröva om nya lagar stämmer överens med grundlagen. Det bör dock påpekas att denna lagprövningsrätt inte fanns inskriven i RF:s ursprungliga lydelse. Regeringen ansåg, liksom beredningen, att den lagprövningsrätt som därtills utvecklats i praxis skulle bestå. Det betonades även att en omfattande lagprövningsrätt var obehövlig eftersom risken att lagstiftaren skulle genomdriva grundlagsvidriga författningar ansågs nästintill obefintlig.⁹⁷ När

⁹² Se även Nergelius 2000 s. 551.

⁹³ Prop. 1973:90 s. 380.

⁹⁴ Fura-Sandström 2004 s. 265.

⁹⁵ Prop. 1973:90 s. 233.

⁹⁶ SOU 1994:99 s. 38.

⁹⁷ Prop. 1973:90 s. 200 f.

frågan om lagprövning senare skrevs in som 11 kap. 14 § RF⁹⁸ fanns det dock ett förbehåll i form av det s.k. uppenbarhetsrekvisitet. Om riksdag eller regering hade beslutat om föreskriften skulle tillämpning endast underlåtas om felet var uppenbart. Uppenbarhetsrekvisitet kom till som ett resultat av att förslaget om domstolarnas lagprövningsmakt möttes av en del skepsis.⁹⁹ Trots att den s.k. Demokratiutredningen redan år 2000 föreslog att uppenbarhetsrekvisitet skulle slopas levde det kvar ända tills RF reviderades år 2010.¹⁰⁰ Det ersattes då med en erinran i 11 kap. 14 § 2 st. om att en domstol vid en sådan lagprövning ska beakta att riksdagen är folkets främsta företrädare och att grundlag går före lag.¹⁰¹ Det har dock framförts att ändringarna i RF med bl.a. borttagandet av uppenbarhetsrekvisitet endast marginellt stärkte domstolarnas ställning.¹⁰²

Historiskt sett har det funnits ett motstånd mot att öka domstolarnas lagprövningsmakt. Domstolarna har traditionsenligt motsatt sig sådana ökade befogenheter och lagprövningens motståndare har gjort gällande att domstolarna saknar sådant mandat i förhållande till folkrepresentationen, samt att alltför starka domstolar riskerar att bana vägen för en domarstat med skräckexempel från USA:s Supreme Court och Tysklands Bundesverfassungsgericht.¹⁰³ Detta motstånd var också tydligt när den s.k. obligatoriska lagrådsgranskningen avskaffades genom en reform 1971. Regeringen menade att det inte var förenligt med parlamentarismen att ge ett icke demokratisk organ en oinskränkt yttranderätt i vissa lagstiftningsärenden.¹⁰⁴

4.2.2.1 Lagpositivism och rättsfallspositivism

Lagpositivism beskrivs av Peczenik som en attityd som genomsyrar den svenska rätten. Lagpositivism innebär att domare ofta ser det som sin uppgift att genomföra de politiska intentionerna som de är formulerade i lagstiftningen. Detta utmärks genom att de svenska domstolarna har en relativt svag roll i förhållande till lagstiftaren och att rättsskipningsmakten präglas av lojalitet mot lagstiftningsmakten.¹⁰⁵

Lagpositivismens motsats som också till viss del präglar det svenska rättslivet är *rättsfallspositivism* och kännetecknas av tilltro till prejudikat, men också av en ovilja att ta ställning i lagtolkningsfrågor som den högsta instansen ännu inte tagit ställning till, eller för den delen kritisera dennes avgöranden.¹⁰⁶

⁹⁸ Se prop. 1978/79:195 s. 12.

⁹⁹ SOU 1999:58 s. 8.

¹⁰⁰ SOU 2000:1 s. 135.

¹⁰¹ Se även SOU 2008:125 s. 381 f.

¹⁰² Se Abrahamsson 2014 s. 117. Se även Eka 2014 s. 369 ff.

¹⁰³ SOU 1999:58 s. 9. Se även Nergelius 2000 s. 547.

¹⁰⁴ Prop. 1970:24 s. 37 f. För ytterligare läsning om Lagrådet hänvisas till Eka 2014 s. 369 ff.

¹⁰⁵ SOU 1999:58 s. 11.

¹⁰⁶ SOU 1999:58 s. 17. Se även Björne 2002 s. 241.

Lagpositivism och rättsfallspositivism torde sammanfattningsvis kunna ses som uttryck för juristernas lojalitet mot lagstiftaren respektive rättspraxis. Rättsfallspositivism kan således anses utgöra grund för ett skapande dömande där HD kan skapa nya principer.¹⁰⁷

4.3 Normgivningsmakten

8 kap. RF handlar om lagar och andra föreskrifter. Med lagar och andra föreskrifter åsyftas ”skrivna rättsregler som beslutas i en bestämd form”.¹⁰⁸ Riksdagen beslutar om lagar, regeringen om förordningar och förvaltningsmyndigheter beslutar om föreskrifter. Strömberg & Lundell beskriver en rättsregel som en generell bindande norm. Innehållet i en lag eller förordning måste därför vara allmängiltigt.¹⁰⁹

Normgivningsmakten betecknas i förarbetena till nuvarande RF som befogenheten att besluta om normer. Normerna i fråga är rättsligt bindande föreskrifter som reglerar både enskilda och myndigheters handlande. Normer bör beslutas genom lag om de är av särskild betydelse för medborgarna eller samhällslivet. Normgivningsmakten har i första hand tilldelats lagstiftaren, bestående av riksdag och regering, som enligt förarbetena ansågs ha till huvuduppgift att leda samhällsutvecklingen framåt och bestämma inriktning för den offentliga verksamheten.¹¹⁰

Med termen lagstiftare avses vanligtvis de statsorgan som utövar lagstiftningsmakten, regeringen som bereder och parlamentet som stiftar lagarna.¹¹¹

Normgivningsmakten har således tilldelats lagstiftaren, i synnerhet riksdagen som det främsta organet för folkstyret. Det torde också kunna konstateras att även HD genom sina prejudikat innehar en viss normgivningsmakt. Jag kommer att återkomma till detta senare i avsnitt 4.5.3.

4.4 Förarbeten

Förutom lagar och praxis räknas även förarbeten som en rättskälla. Liksom prejudikat är de inte bindande men bör likväl beaktas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation. Enligt Peczenik motiveras detta med att förarbeten anses återspegla lagstiftarens vilja eller snarare belyser lagens ändamål. Den s.k. subjektiva lagtolkningsläran rekommenderar en intentionstolkning av lagen eftersom lagen kan vara illa formulerad. Därför anses lagstiftarens

¹⁰⁷ SOU 1999:58 s. 19 f. Jfr. även Conradi 1993 s. 73 f.

¹⁰⁸ Strömberg & Lundell 2011 s. 106.

¹⁰⁹ Strömberg & Lundell 2011 s. 106.

¹¹⁰ Prop. 1973:90 s. 94, s. 201.

¹¹¹ Se Koskelo SvJT 2014 s. 621.

syfte och intentioner vara av större vikt än själva lagtexten.¹¹² Civilrättsprofessorn Folke Schmidt slog redan på 1950-talet fast att HD vid rättstillämpningen lade stor vikt vid lösningar som uttalats i lagens förarbeten, och att vissa förarbetsuttalande ibland betraktades i princip på samma sätt som en samling rättsfall.¹¹³ Jämfört med många andra länder har förarbeten en mycket stark roll i svensk rätt, och även i de övriga nordiska länderna. I den anglosaxiska rättsordningen är förarbeten i princip helt utan betydelse.¹¹⁴

Förfarbeten har emellertid inte alltid haft en stark ställning i den svenska rättsordningen. Betydelsen av förarbeten var jämförelsevis marginell före första världskriget.¹¹⁵

Förfarbetenas starka ställning började dock ifrågasättas under 1990-talet. I RÅ 1994 ref. 31 uttalade Regeringsrätten att förarbetsuttalande endast kan användas vid lagtolkning om de går att förena med en objektiv tolkning av lagtexten. Några år senare gick Regeringsrätten också tvärt emot ett förarbetsuttalande om att byggandet av en vägtunnel (Norra länken) under en nationalpark inte stred mot naturskyddslagen.¹¹⁶

Även om förarbeten traditionellt har haft och till stor del fortfarande har en stark ställning i den svenska rättsordningen har deras betydelse sålunda stadigt minskat. En orsak till detta kan sägas vara att kvalitén på lagmotiven försämrats. En annan orsak är att betydelsen av praxis har ökat och att den internationella rätten gör sig påmind i allt större utsträckning. Europarättens ökade inflytande i den svenska rättsordningen kan också anses ha försvagat förarbetenas ställning.¹¹⁷

4.5 Juristerna och den politiska makten

4.5.1 Tillbakablick

Juristernas roll kom att hamna lite i skymundan efter andra världskriget. De jurister som utbildades under efterkrigstiden präglades av en stark lojalitet gentemot lagstiftaren och var inte heller intresserade av att vara del av någon maktutövning. Lagstiftaren hade helt enkelt en dominerande ställning i rättsordningen. Unga hovrättsjurister tog genvägar till en domarkarriär via uppdrag som sekreterare eller sakkunniga i lagstiftande kommittéer och liknande i lagstiftarens tjänst. Det var även i denna tidsanda som grunden för förarbetenas ställning som rättskälla lades.¹¹⁸ Denna lojalitet mot lagstiftaren gällde för domare i alla instanser. Schmidt konstaterade att

¹¹² Peczenik 1995 s. 241 f, 250.

¹¹³ Schmidt 1955 s. 290.

¹¹⁴ Peczenik 1995 s. 249.

¹¹⁵ Peczenik 1995 s. 243.

¹¹⁶ RÅ 1997 ref. 18.

¹¹⁷ Fura-Sandström 2004 s. 264. Se även Peczenik 1995 s. 256 f.

¹¹⁸ SOU 1999:76 s. 72, 77 f.

svenska domare inte gjorde några anspråk på att ta del av den politiska makten. HD betraktades som en självständig medhjälpare till lagstiftaren och, till skillnad från sin amerikanska motsvarighet, inte ett politisk maktcentrum.¹¹⁹

Kjell Å Modéer sammanfattar det som att juristernas ställning försvagades under efterkrigstiden och domstolarnas ställning kom att diskuteras först efter att nuvarande RF:s tillkomst år 1974.¹²⁰

4.5.2 Judikalisering

I detta kapitel har stor vikt legat på konflikten mellan juridiken och politiken. Det kan konstateras att det under en tid, främst sedan 1990-talet, pågått en ganska omfattande maktförskjutning från politikerna till domstolarna. Det främsta symptomet på denna utveckling har varit domstolarnas ökade makt och betydelse. Kritiska röster har gjort gällande att politisk makt flyttas från politikerna till domstolarna och att detta riskerar att rubba maktfördelningen i samhället. Denna kritik grundas i princip på en ovilja att överlåta politisk makt till icke förtroendevalda. Förespråkare som har välkomnat utvecklingen förlitar sig istället på att domstolsmakten kan sätta rimliga gränser för politikernas makt över enskilda.¹²¹

Den maktförskjutning från politiker till domare som identifierats kan i stor utsträckning förklaras med att många frågor som tidigare ansetts politiska nu istället blivit juridiska. Alltfler politiska frågor avgörs i domstolar och inte i regering och riksdag. Enkelt uttryckt kan det sägas att politikerna inte längre har monopol på de viktiga politiska besluten. Denna maktförskjutning har benämnts som *judikalisering* och är en tydlig trend inte bara i Sverige utan i hela västvärlden. Andra nära besläktade begrepp som likväl beskriver omvandlingen är *judifiering* och *förrättsligande*. Men alldeles oavsett vilket begrepp som används för att beskriva fenomenet råder det inga tvivel om att utvecklingen är ett faktum.¹²²

När man talar om maktförskjutning och ökad domstolsmakt är nog svårt att överskatta betydelsen av Sveriges inträde i EU och EU-rättens ökade betydelse i den svenska rättsordningen. Den kanske största förändringen som skedde var att efter den 1 januari 1995 var de svenska grundlagarna inte längre de enda överordnande författningarna. Hädanefter skulle de svenska lagarna också prövas gentemot EU-rätten och EKMR. Detta förutspåddes också leda till betydligt fler normkonflikter än vad de svenska juristerna var vana vid och blev också verklighet ganska snart efter inträdet i unionen. Redan året efter underlät HD i NJA 1996 s. 370 att tillämpa en regeringsförordning med hänvisning till dåvarande 11 kap. 14 § eftersom den ansågs strida mot RF. Detta var också första gången som HD

¹¹⁹ Schmidt 1955 s. 297.

¹²⁰ SOU 1999:76 s. 78.

¹²¹ Westberg 2013 s. 114 f.

¹²² SOU 1999:58 s. 55 f. Se även Westberg 2013 s. 115.

konstaterade att en regeringsförordning stred mot en överordnad norm.¹²³ I NJA 2000 s. 132 fann HD för första gången att en svensk lag stred mot RF, närmare bestämt retroaktivitetsförbudet i 2 kap. 10 §.¹²⁴

4.5.2.1 Maktflykt?

En av de möjliga förklaringarna till domstolarnas ökade makt är att politikerna allt oftare helt enkelt avstår från att utveckla och/eller förtydliga lagstiftningen. Eller stiftar lagstiftaren s.k. ramlagar för att på så sätt överlåta till domstolarna att skapa de konkreta reglerna? Härav skulle således den politiska makten överlåtas till domstolarna.¹²⁵

Stefan Lindskog menar att de högsta domstolarna på senare tid tagit ett allt större ansvar för rättsbildningen. Han framhåller vidare att ”det har skett en viss förskjutning från rättsbildning genom lagstiftning till rättsbildning genom prejudikat.”¹²⁶ Denna förskjutning kan enligt Lindskog delvis förklaras med att lagstiftaren inom vissa rättsområden, b.la. straffrätten, intagit en passiv hållning. Ett exempel på detta finns att utläsa i hur regeringen hanterade förslaget om att reglera uppsåtsbegreppet i lag. Regeringen menade att konsekvenserna av en sådan reglering var svåra att överblicka. Istället borde lagstiftaren överlåta till domstolarna att utveckla och om nödvändigt förändra innehållet i begreppet. HD:s utvecklande av likgiltighetsuppsåtet var ett steg i den riktningen. En sådan reform ansågs härav inte lämplig genom lagstiftning. Inte långt därefter utvecklade HD det s.k. likgiltighetsuppsåtet i bl.a. NJA 2002 s. 449 och NJA 2004 s. 176.¹²⁷ Det torde således finnas situationer då lagstiftaren aktivt avstår från att lagstifta och istället överlåter åt domstolarna att klargöra rättsläget.

Företeelsen att makt förskjuts från politikerna till domstolarna har också kommenterats av presidenten i Finlands högsta domstol Pauliine Koskelo. Hon noterar att det finns tendenser till vad hon benämner som maktflykt hos de politiska beslutsfattarna. Att det finns frågor som borde lösas men som lagstiftaren drar sig från att ta tag i, vilket gäller inte minst sådana frågor som anses komplicerade och politisk obekväma. Eftersom domstolarna som bekant inte kan underlåta att ta sig an komplicerade frågor kan det därför anses optimalt för lagstiftaren att istället överlåta ansvaret på domstolarna som då måste ta sig an problematiken. Koskelo påpekar därför att det inte går att enbart beskylla domstolarna för att vara maktthungriga. Även lagstiftarens passivitet torde ha en del skuld i detta. För att uppnå en hälsosam maktindelning måste både lagstiftaren och domstolarna kunna agera när situationen kräver det. Hon menar också att vissa frågor inte går att lösa

¹²³ Nergelius 2000 s. 545 f.

¹²⁴ Målet gällde frågan om betalningsansvar för skatter som enligt övergångsbestämmelserna skulle tillämpas även för sådana skatter som förfallit till betalning redan innan lagen trädde i kraft. Målet grundades på en tolkningsanvisning från tingsrätt i enlighet med 56 kap. 13 § RB. Se även Nergelius 2000 s. 546.

¹²⁵ Westberg 2013 s. 115.

¹²⁶ Se Lindskogs tillägg i NJA 2012 s. 535.

¹²⁷ Prop. 2000/01:85 s. 13. Se även Munck 2014 s. 196 f.

genom att endast delegera till domstolarna, varvid det istället krävs en väl genomtänkt lagstiftning.¹²⁸

4.5.3 Skapande dömande

Rättsfallspositivism, som kort redovisats för ovan, bygger till stor del på att det finns ett skapande moment i domstolarnas dömande. Det gäller inte minst i högsta, prejudikatbildande instans där varenda dom mer eller mindre torde bidra till att utvidga och/eller förtydliga gällande rätt. Sådan nyskapande rättstillämpning kan komma att aktualiseras i fall där samhällsutvecklingen utvecklats på ett sätt som lagstiftaren inte räknat med eller/och att rådande lagstiftning helt enkelt inte räcker till. Ett exempel på detta är när HD i NJA 1980 s. 224 fastslog att ett olovligt uttag från en uttagsautomat är att betrakta som stöld och inte bedrägeri.¹²⁹

Denna potentiella brist på lagstiftning kan således skapa utrymmen för domstolarna att skapa nya rättsnormer utifrån deras eget skön. Även om domstolarna anses lojala mot lagstiftaren måste skapande dömande förekomma. Rättvisan i konkreta fall främjas av domstolsmakt eftersom det är domstolarna som skipar rättvisan och rättvisan endast kan skipas i det enskilda fallet.¹³⁰

Johan Munck framhåller att det givetvis går att hävda att den högsta instansen genom sina avgöranden också skapar normer även om det endast handlar om ren lagtolkning. Med ett sådant resonemang blir emellertid all prejudikatbildning också normgivning. I Mucks artikel om HD som normgivare avgränsar han dock innebörden av fenomenet till fall där HD ”skapar en ny regel, antingen vid sidan av lagstiftningen eller också med stöd av en lagstiftning som är så allmänt hållen att den inte ger någon enhetlig ledning för den rättstillämpningsfråga som aktualiseras.”¹³¹ Munck menar också att HD under de senaste decennierna blivit alltmer benägen att skapa normer med 1971 som potentiell startpunkt eftersom HD då blev en renodlad prejudikatinstans.¹³²

4.5.3.1 Rättsbildning genom prejudikat?

Om HD är i färd med att fastslå en ny rättsprincip framhåller Muck olika typfall om hur HD bör förhålla sig till lagstiftaren. Först och främst finns det fall där det finns ett behov av en ny rättsprincip men det anses helt enkelt inte lämpligt att lösa frågan i domstol. I den typen av fall som endast kan lösas genom lagstiftning har det ingen betydelse om något sådant lagstiftningsarbete pågår eller ej.

¹²⁸ Koskelo 2012 s. 312.

¹²⁹ Conradi 1993 s. 73, 84.

¹³⁰ SOU 1999:58 s. 17.

¹³¹ Muck 2014 s. 188.

¹³² Muck 2014 s. 188.

Den andra typsituationen är om en rättsregel är mer lämpad att slås fast genom lagstiftning men inget sådant arbete har påbörjats eller förväntas. I de fall där ett lagstiftningsarbete har påbörjats måste dock en distinktion göras. Det kan vara oklart när eller ens om en eventuell lagreglering kan bli aktuell, eller så kan en sådan ny lagstiftning vara omedelbart förestående.¹³³

Även om dessa olika situationer kan urskiljas finns det enligt Muck inget enkelt svar på hur HD bör agera i de olika situationerna, det första undantaget. HD måste här göra en avvägning av hur situationen ser ut på lagstiftningsområdet i förhållande till hur pass lämplig frågan är att klargöras genom ett prejudikat. Han menar dock att det vore ofrånkomligt för HD att beakta läget hos lagstiftaren.¹³⁴

4.5.3.2 Nackdelar

Lindskogs konstaterande, som jag tidigare nämnt, att makt förskjutits från lagstiftaren till domstolarna med anledning av lagstiftarens passivitet eller till och med maktflykt, skapar större utrymme för rättsbildning genom prejudikat. En sådan utveckling är dock inte helt utan problem eftersom rättsbildning genom prejudikat, som Lindskog själv konstaterar, har ett antal brister jämfört med rättsbildning genom lagstiftning. Först och främst kan övergångsbestämmelser inte meddelas i ett prejudikat. Om en oklarhet i rättsläget förtydligas genom lagstiftning blir denna regel tillämplig först när den nya lagen träder i kraft eller också meddelas särskilda övergångsbestämmelser. När HD däremot klargör rättsläget genom ett prejudikat fingeras ofta, som Munck uttrycker det, att lagen alltid har haft denna innebörd, i synnerhet i civilmål. HD:s dom kan således få retroaktiv verkan.¹³⁵ För straffrättsligt vidkommande uppstår då frågan vad som bör gälla för personer som innan HD:s dom dömts till en påföljd som med hänsyn till det nya prejudikatet är för hård.¹³⁶

Som exempel kan nämnas HD:s beslut i Ö 3071-11 som fattades mindre än en månad efter domen i NJA 2011 s. 357. Sökande MÖ hade dömts i Svea hovrätt för grovt narkotikabrott till två år och sju månaders fängelse för att ha smugglat 100 gram mefedron¹³⁷. Mot bakgrund av HD:s omfattande omläggning av rättsläget ansökte MÖ om resning och menade att HD:s dom sannolikt skulle ha påverkat utgången. Det torde inte råda någon tvekan om att MÖ fått ett betydligt mildare straff om hans dom avkunnats efter HD:s dom. Men som HD också anförde i sitt beslut utgör ett nytt avgörande från HD inte en sådan omständighet eller ett bevis som kan bevilja resning. Inte heller kan det förhållandet att en dom står i strid med ett senare prejudikat

¹³³ Munck 2014 s. 191 f.

¹³⁴ Munck 2014 s. 192.

¹³⁵ Munck 2014 s. 192.

¹³⁶ Lindskogs tillägg i NJA 2012 s. 535 p. 6.

¹³⁷ Svea hovrätts dom i B 277-10.

anses som uppenbart lagstridigt enligt 58 kap. RB.¹³⁸ Även om HD:s beslut i resningsärendet var rätt medger Lindskog att det knappast kan anses rättvist.¹³⁹

En annan nackdel med rättsbildning genom prejudikat är att till skillnad mot lagstiftaren är underlaget vid domstolsavgöranden oftast inte alls lika omfattande. HD kan visserligen inhämta yttrande från sakkunniga men kan som bekant inte skicka ut förslag på remiss och därigenom inhämta synpunkter i samma omfattning som vid lagstiftningsarbete.¹⁴⁰

Torgny Håstad har även i sitt tillägg i NJA 2008 s. 684 (Sannäs räkör, angående traditionsprincipen) uppmärksammat en annan problematik. Även om Håstad ansåg att det var dags att avskaffa traditionskravet borde en sådan förändring inte ske genom praxis.¹⁴¹ Håstad motiverade detta med att det i princip krävde lagstiftarens medverkan då det sannolikt skulle behövas ny lagstiftning på området. Även om HD skulle kunna avskaffa traditionsprincipen genom ett prejudikat skulle avgörandet också ge upphov till ett antal följdfrågor som HD inte kunde ge svar på.¹⁴²

Slutligen har Lindskog anfört att vissa frågetecken också torde finnas kring hur allmänt HD får formulera sig. Lindskog formulerar det som att ”det kan finnas ett behov av att klargöra rättsläget i en vidare omfattning än vad som påkallas för att avgöra det mål som föranleder prejudikatfrågan.”¹⁴³ Här bör också nämnas den traditionella distinktionen mellan *ratio decidendi* och *obiter dicta*. Det förstnämnda är de skäl som är nödvändiga för att avgöra prejudikatfrågan och det sistnämnda anses vara de skäl i målet som saknar prejudikatbetydelse.¹⁴⁴ Eftersom *obiter dicta* oftast saknar prejudikatbetydelse bör sådana skäl undvikas. Ytterligare prejudikat kan då bli nödvändiga om rättsläget till följd av ett nyskapande prejudikat behöver en bredare genomlysning än vad som ryms inom ramen för det aktuella målet. Detta illustreras väldigt tydligt i de stora antal narkotikamål som avgjordes i HD under 2011 och 2012 där HD kastade om påföljdsbedömningen för narkotikabrott. Många hovrättsdomar som följde det första avgörandet visade enligt Lindskog på ett fortsatt prejudikatbehov.¹⁴⁵ Se mer om detta under avsnitt 4.6.

Sammantaget går det alltså att konstatera att rättstillämpning genom prejudikat präglas av en rad tillkortakommanden som ledamöterna i HD är högst medvetna om. När jag läser hur Munck och Lindskog resonerar framgår det dock tydligt att de medger att HD har flyttat fram sina positioner och att rättsbildning genom prejudikat har blivit vanligare. Enligt

¹³⁸ HD:s beslut i Ö 3071-11 s. 2.

¹³⁹ Lindskogs tillägg i NJA 2012 s. 535 p. 6. Se även Asp 2011 s. 668.

¹⁴⁰ Munck 2014 s. 194. Se även Lindskogs tillägg i NJA 2012 s. 535 p. 7.

¹⁴¹ Se även NJA 1997 s. 660.

¹⁴² Håstads tillägg i NJA 2008 s. 660. Se även Munck 2014 s. 193 f.

¹⁴³ Lindskogs tillägg i NJA 2012 s. 535 p. 7.

¹⁴⁴ Peczenik 1995 s. 233.

¹⁴⁵ Lindskogs tillägg i NJA 2012 s. 535 p. 8, 10–11.

de båda justitieråden har detta dock varit en nödvändig utveckling för att HD ska kunna ta sitt ansvar som rättsbildare.

4.6 Några uppmärksammade avgöranden

De senaste åren har ett antal kontroversiella domar ifrån HD fått stor uppmärksamhet både i media och i den juridiska doktrinen. Domarna som jag valt att ta upp har antingen nämnts eller använts som referensmaterial i debatten kring domstolarna och maktindelning eller innehåller i vart fall intressanta synpunkter som jag anser ligger nära debatten.

4.6.1 Mefedronfallet och narkotikadomarna

NJA 2011 s. 357 (Mefedronfallet) var startskottet för ett relativt stort antal domar i vilka HD gjorde omfattande förändringar i påföljdsbedömningen för narkotikabrott. I det aktuella målet och de likartade som följde¹⁴⁶ skapade HD, enligt Munck, en ”mer nyanserad praxis än tidigare som bättre överensstämmer med lagstiftarens ursprungliga intentioner”¹⁴⁷ I samtliga fall innebar HD:s ställningstagande en ganska omfattande strafflindring för de tilltalade. I det förstnämnda fallet sänktes exempelvis straffet från 14 till fyra års fängelse.¹⁴⁸ Fallet har också ansetts vara ett tydligt exempel på det relativt nya fenomenet om en aktivistisk HD.¹⁴⁹ Detta kommer att behandlas närmare i femte kapitlet.

4.6.1.1 NJA 2011 s. 357 Mefedronfallet

I det aktuella fallet stod tre personer åtalade för att ha anskaffat respektive försökt anskaffa den vid tillfället nyligen narkotikaklassade drogen mefedron. Huvudfrågan som HD hade att ta ställning till var vilket straffvärde som införsel och förvärv av 1 kg mefedron vid två tillfällen skulle ha. I hovrätten dömdes de två personer som fallet huvudsakligen kom att handla om till 14 års fängelse vardera. Hovrättens bedömning av straffvärdet byggde dels på att mefedron i fråga om drogens farlighet bedömdes likvärdigt med ecstasy¹⁵⁰, dels på att hovrätten med det konstaterandet bedömde straffvärdet enligt tabell. Mefedrons farlighet i kombination med den relativt stora mängd narkotika det rörde sig om motiverade då de höga fängelsestraffen. Det bör i sammanhanget upplysas

¹⁴⁶ NJA 2011 s. 357, s. 675 I-II, s. 799, samt 2012 s. 115, s. 114, s. 510 och s. 528. Enligt Lindskog var dessa mer att anse som följdprejudikat och således till stor del variationer av Mefedronfallet, se Lindskog 2015 s. 418.

¹⁴⁷ Munck 2014 s. 196.

¹⁴⁸ För en mer detaljerad redogörelse för hur straffmätning för narkotikabrott varit historiskt och sedermera förändrats sedan Mefedronfallet och framåt hänvisas till Borgeke 2013 s. 1.

¹⁴⁹ Se bl.a. Lindskog 2015 s. 417.

¹⁵⁰ Det bör påpekas att de tilltalade dömdes i tingsrätten till sex års fängelse eftersom tingsrätten i sin dom likställt mefedron med amfetamin som därmed motiverade ett lägre straffvärde.

om att straffmätning för narkotikabrott vid tiden då målet utgick från särskilda i praxis utvecklade tabeller. Dessa tabeller angav straffvärdet för befattning med narkotika baserat på vilken typ av narkotika och hur stor mängd det rörde sig om.¹⁵¹

HD gick först igenom lagmotiven i prop. 1980/81:76 och konstaterade att det där angavs att den stränga straffskalan för grovt narkotikabrott skulle förbehållas de allvarligaste fallen och att andra omständigheter än mängden narkotika skulle tillmätas större betydelse vid bedömningen än tidigare. Sedan gick HD igenom tidigare praxis i narkotikamål och sammanfattade det som att rubriceringen för grovt narkotikabrott skulle tillämpas främst på allvarliga gärningar som ingick i en organiserad narkotikahandel.

I fråga om rubricering och straffvärdebedömning i det aktuella målet uttalade HD att de två huvudpersonernas brottslighet var del i en förhållandevis omfattande handel med narkotika som också syftat till att ge en inte obetydlig ekonomisk vinst. Dessa omständigheter talade för ett högt straffvärde. Samtidigt ansågs deras narkotikahandel inte vara så pass omfattande att det motiverade tillämpning av övre delen i straffskalan. Brottsligheten sköttes enbart av de två tilltalade, den hade endast pågått under en begränsad tid och försäljningen ansågs vara begränsad till vänner och bekanta. Straffvärdet ansågs därför vid en samlad bedömning motsvara fyra års fängelse.¹⁵² Bortsett från genomgången av lagmotiven och tidigare uttalanden i praxis gav HD inte någon närmare motivering till varför straffvärdet i den aktuella situationen bedömdes till fyra års fängelse.

HD:s dom åtföljdes däremot av ett ganska omfattande tillägg av referenten i målet, Martin Borgeke, där han närmare redogjorde för hur tabellerna för straffmätning vid narkotikabrott fått alldeles för stor roll och att det behövdes en radikal omläggning av praxis för narkotikabrottslighet. Borgeke lade vidare stor vikt vid departementschefens uttalande om bl.a. internationella brottssyndikat inom narkotikahandeln. För personer som inte överensstämde med departementschefens beskrivning borde straffvärdet enligt Borgeke inte överstiga hälften av vad som skulle anses utgöra grovt brott. Detta innebar att:

”om de omständigheter som vid sidan av sort och mängd ska påverka straffvärdebedömningen inte är av det försvårande slag att även den övre delen av straffskalorna måste tillämpas, gränserna för grovt narkotikabrott normalt kunna fördubblas i förhållande till vad som annars skulle gälla”¹⁵³

Sammantaget skulle således narkotikans mängd och sort tillmätas mindre betydelse till förmån för andra omständigheter. Även om Borgekes tillägg var ”för egen del” torde det i viss mån återspegla även övriga ledamöters tankegångar i målet. Jag uppfattar tillägget snarare som en utveckling av

¹⁵¹ Asp 2011 s. 659 f, s. 662. Se även hovrättens domskäl i NJA 2011 s. 357.

¹⁵² NJA 2011 s. 357.

¹⁵³ Martin Borgekes tillägg i NJA 2011 s. 357.

domskålen som jag dessutom upplever som aningen korta. Inte minst med tanke på att Mefedronfallet var, som Lindskog själv uttrycker det, en ”förhållandevis radikal förändring av rättsläget”.¹⁵⁴ Men även om det var en radikal förändring kan det knappast anses som ”en blixtnedslag från klar himmel” från HD:s sida. Domstolen hade tidigare i bl.a. NJA 2004 s. 354 och NJA 2008 s. 653 betonat att försiktighet borde iakttagas med att vid straffmätning tillämpa generella schabloner avseende sort och mängd narkotika och att även andra faktorer måste tillmätas större betydelse.¹⁵⁵

4.6.2 NJA 2011 s. 563 Rusmålet

I målet hade den tilltalade under berusning tilldelat målsägandena ett antal knivhugg som orsakat dem skärskador i ansiktet. Det var också utrett i målet att det yttre våldet mycket väl hade kunnat orsaka livshotande skador. Frågan var då om den tilltalade haft uppsåt till att beröva målsägandena livet och huruvida det självförvållande ruset skulle påverka uppsåtsbedömningen. I NJA 1973 s. 590 hade HD konstaterat att kravet på uppsåt i 1 kap. 2 § 2 st. Brottsbalken (1962:400) skulle efterges i viss mån vid självförvållat rus eller liknande tillstånd.¹⁵⁶ HD fann emellertid att övervägande skäl nu talade för att överge ståndpunkten i det tidigare prejudikatet. Som motiv anförde HD bl.a. att skuldprincipen fått en ökad betydelse och att det skett en kriminalpolitisk kursändring där preventionsintressena fått en minskad betydelse till förmån för legalitet, likabehandling och proportionalitet.¹⁵⁷ HD påpekade också att frågan om självförvållat rus varit upp i tidigare lagstiftningssammanhang och uttalade sedan följande:

*Någon ny lagstiftning har emellertid inte kommit till stånd och någon sådan förefaller inte heller nu vara att förvänta. Det finns dock inte anledning att anta att detta beror på att lagstiftaren har funnit att det saknas behov av förändring av den nuvarande ordningen så som den har kommit till uttryck i 1973 års avgörande.*¹⁵⁸

Sammantaget konstaterade HD således att domstolen inte behövde upprätthålla ståndpunkten i 1973 års fall. Istället skulle vanliga regler gälla vid uppsåtsbedömningen även vid självförvållat rus. Eftersom detta ställningstagande innebar ett avsteg från ett tidigare prejudikat diskuteras även frågan om målet borde avgöras i plenum. Det ansågs emellertid inte lämpligt med hänsyn till tidsaspekten då den tilltalade satt häktad och att det skulle innebära praktiska svårigheter att avgöra målet i plenum.¹⁵⁹ Den tilltalade dömdes sedermera för grov misshandel till fängelse i tre år och sex månader.

¹⁵⁴ Lindskogs tillägg i NJA 2012 s. 535 p. 6.

¹⁵⁵ NJA 2011 s. 357 p.14. Se även Borgeke 2013 s. 27.

¹⁵⁶ Se även NJA 2011 s. 611 p. 9.

¹⁵⁷ Se bl.a. NJA 2011 s. 611 p. 21, 23–24

¹⁵⁸ NJA 2011 s. 563 p. 18.

¹⁵⁹ NJA 2011 s. 563 p. 27.

HD:s kursändring och i synnerhet beslutet att inte avgöra frågan i plenum föranledde allvarlig kritik från bland andra Madelene Leijonhufvud. Inte minst mot bakgrund av att Martin Borgeke uttalat att avgörandet var ”en av de största förändringarna när det gäller den centrala straffrättens allmänna läror på senare år”.¹⁶⁰ Att inte fatta ett sådant beslut i plenum, som dessutom inkluderade ett upphävande av ett tidigare prejudikat, torde således vara minst sagt anmärkningsvärt.

4.6.3 NJA 2012 s. 400 Mangamålet

HD hade här att ta ställning till om innehavet av ett antal mangateckningar skulle betraktas som barnpornografibrott. Den tilltalade hade i hovrätten ådömts att betala dagsböter för innehav av 39 bilder som hovrätten ansåg att straffrättsligt var att betrakta som barnpornografiska eftersom de, som hovrätten uttryckte det, ”ohöjlt och utmanande skildrar barn på ett sätt som leder till slutsatsen att de haft som väsentligt ändamål att påverka betraktaren sexuellt”.¹⁶¹ Att den tilltalade arbetade som översättare och kännare av mangateckningar gjorde enligt hovrätten inte hans innehav försvarligt.

HD ansåg att 38 av bilderna förvisso var pornografiska men inte verklighetstroga och att ”en kriminalisering av innehav av de 38 nu berörda teckningarna skulle gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål som har föranlett straffbestämmelsen”.¹⁶² Att omfatta innehav av teckningarna i straffbestämmelsen skulle därmed strida mot RF som en otillåten begränsning av informations- och yttrandefriheten. Endast en bild ansåg HD var både pornografisk och verklighetstrogen men det innehavet ansågs försvarligt mot bakgrund av den tilltalades arbete med mangateckningar och relation till Japan.¹⁶³

Att HD valde att gå så pass långt som att underkänna delar av kriminaliseringen av barnpornografibrott som grundlagsstridig torde anses ganska uppseendeväckande och har även vållat kritik. En intressant aspekt som Hans-Gunnar Axberger lyfte fram är att HD:s dom till stor del byggde på premissen att rättsläget var oklart kring tecknade bilder som inte ansågs verklighetstroga. Axberger menar att lagtexten inte på något sätt var otydlig i den aspekten. Förarbetena var också tydliga: ”Huruvida en bild framstår som verklighetstrogen eller inte saknar betydelse för frågan om straffbarheten”.¹⁶⁴ När HD refererar lagmotiven från samma sida anges följande: ”Det har i förarbetena angetts att även bilder som inte är

¹⁶⁰ Se Leijonhufvud 2012 s. 339 f.

¹⁶¹ Svea hovrätts dom B 6389-10.

¹⁶² NJA 2012 s. 400 p. 24.

¹⁶³ NJA 2012 s. 400.

¹⁶⁴ Prop. 1997/98:43 s. 74.

verklighetstrogn kan omfattas av det straffbara området.”¹⁶⁵ Axberger anser att HD här gled på orden i förarbetena.¹⁶⁶

4.6.4 Kort om tillägg i HD

Det är värt att notera att både Stefan Lindskog och Martin Borgeke har framfört sina synpunkter i ganska omfattande tillägg till HD:s domar. Borgekes tillägg till NJA 2011 s. 357 kan ses som en nödvändig kommentar till HD:s ändrade syn på straffvärdet för narkotikabrott och Lindskogs tillägg kan snarare ses som principförklaring där Lindskog ger sin syn på hur långt HD bör gå i sin normbildning. Varför de båda justitieråden valde att framföra sina åsikter i tillägg istället för exempelvis artiklar kan givetvis bara de svara på, men det väcker ändå frågan hur sådana tillägg i HD:s domar bör tolkas.

Justitierådet Kerstin Calissendorf har tillsammans med Stefan Lindskog och Göran Lambertz i SvJT 2012 s. 313 gett sin syn på varför tillägg skrivs och hur de bör förstås. Enligt ovanstående finns det huvudsakligen tre skäl till varför ett eller flera justitieråd skriver ett tillägg. Ledamoten kan anse det lämpligt att ge en mer utförlig motivering till domstolens slutsats eller närmare belysa andra omständigheter som inte framgick av domskälen. Som exempel på detta nämndes även tillägget i NJA 2011 s. 357 som en genomgång av den dåvarande bristfälliga rättstillämpningen angående påföljder för narkotikabrott. För det andra kan ledamoten anse att exempelvis lagstiftaren behöver upplysas om något, såsom behovet av en ny lagstiftning. För det tredje kan tillägg också författas om ledamoten anser att ett resonemang behöver vidareutvecklas men som av olika anledningar inte lämpar sig för att stå med i domskälen. Författarna medger att många av tilläggen mycket väl hade kunnat författas i en artikel istället, men menar också att det finns ett antal skäl som talar emot detta. Ledamoten kan exempelvis vilja att budskapet ska finnas i anslutning till avgörandet och därmed vara mer lättillgängligt. Även tidsaspekten kan spela in och även här nämns tillägget i NJA 2011 s. 357 som ett exempel. Ett tillägg publiceras samtidigt med avgörandet medan det med största sannolikhet dröjer en tid innan en artikel publiceras från det att den författas. Eftersom Mefedronfallet var en ganska stor omsvängning i praxis som förväntades väcka stor uppmärksamhet var det centralt att få tillägget tillgängligt i samband med avgörandet.¹⁶⁷

¹⁶⁵ NJA 2012 s. 400 p. 6.

¹⁶⁶ Axberger 2012/13 s. 898.

¹⁶⁷ Calissendorf m.fl. 2012 s. 315 f.

4.7 Justitierådets syn på HD:s normbildning

Vad gäller HD:s förhållande till normgivningsmakten har framförallt Munck och Lindskog resonerat kring hur långt HD bör gå i sin normgivande verksamhet.

Lindskog medgav i Ekots lördagsintervju att HD hade flyttat fram sina positioner i den bemärkelsen att domstolen inte i samma utsträckning som förr ansåg det lämpligare att lagstiftaren fyllde luckor i lagen än att domstolen gjorde det. HD tar därmed i större utsträckning på sig ansvaret för att själva skapa normbildning i de oklara fallen. Enligt Lindskog berodde detta för det första på att HD så många gånger tidigare överlämnat frågorna till lagstiftaren men att denne helt enkelt inte klarat av uppgiften och luckorna kvarstod. För det andra berodde det på det maktvakuum som bildats när lagstiftaren inte hinner ta sig an problemen på grund av bl.a. implementeringen av EU-rätten.¹⁶⁸ I tillägget till NJA 2012 s. 535 uttryckte han det, med hänvisning till HD:s uttalande i NJA 2011 s. 563 (Rusmålet), som en nödvändighet att HD mot bakgrund av en allt mer passiv lagstiftare tar ansvar för rättsbildningen i de fall då rättsläget inte är låst genom lagstiftning. Enligt Lindskog fanns det dock inga risker att HD:s prejudikatverksamhet skulle gå för långt eftersom lagstiftaren då kunde ingripa mot domstolen. Denna möjlighet för lagstiftaren att ingripa medför att HD:s mer aktiva rättsbildning inte kan anses äventyra maktindelningen. Lindskog svarade också att han inte höll med om att domstolsrättsbildning skulle vara förenat med ett demokratiskt underskott¹⁶⁹.

I en artikel i SvJT från 2015 hänvisade Lindskog till sitt yttrande i tillägget men tillade att vid frågor som rörde den enskildes ställning gentemot staten borde HD inte överlåta frågan till lagstiftaren. Han motiverade detta med att domstolarna måste uppfattas som självständiga och handlingskraftiga i förhållande till staten. Dessutom hade lagstiftaren historiskt sett inte klarat av den typen av överlämningar.¹⁷⁰

Både Lindskog och Munck lyfte fram Mefedronfallet som ett exempel på att HD blivit mer offensiv i förhållande till lagstiftaren. Munck förklarade att detta är möjligt tack vare att HD inte behöver ta någon hänsyn till några remissinstanser, vilket i det aktuella fallet möjliggjorde för HD att gå längre än vad lagstiftaren kunnat eller vågat. Han påpekade också att lagstiftaren med säkerhet inte vågat gå så långt som HD gjorde.¹⁷¹

¹⁶⁸ Ekots lördagsintervju i P1 22 november 2015, Stefan Lindskog, är Högsta Domstolen aktivistisk?.

¹⁶⁹ Ekots lördagsintervju i P1 22 november 2015, Stefan Lindskog, är Högsta Domstolen aktivistisk?.

¹⁷⁰ Lindskog 2015 s. 422.

¹⁷¹ Muck 2014 s. 196 och Lindskogs tillägg i NJA 2012 s. 535 p. 5.

Munck berörde också frågan om lagstiftaren ogillade ett prejudikat som HD skapat. Lagstiftaren kan då ändra lagen på ett sådant sätt att prejudikatet blir värdelöst. Han menade att det däremot ofta är genom motiv till en sådan ändrad lagstiftning som HD uppmärksammar att lagstiftaren inte ställer sig bakom domstolens slutsats i ett prejudikat. Som exempel nämnde Munck frågan om vad en polisman förväntades tåla i tjänsten. I NJA 2005 s. 738 hade en polisman blivit bespottad på polisstationen av en person som nyss gripits. Den tilltalade hade ansetts skyldig till ofredande och frågan var då om polismannen var berättigad till ersättning för kränkning enligt dåvarande skadeståndslagens 1 kap. 3 §. HD hade tidigare i NJA 1999 s. 725 uttalat att ett sådant angrepp inte kunde anses som en så allvarlig kränkning att skadestånd skulle utgå. Efter det rättsfallet hade skadeståndslagen emellertid ändrats och i de lagmotiven redogjorde regeringen för rättsfallet och konstaterade sedan följande:

”Även om det ingår i en persons normala arbetsuppgifter att hantera våldsamma och stökiga personer, bör ersättning ofta kunna ges om han eller hon i tjänsten utsätts för en brottslig kränkning som är skymfligt och direkt angriper den privata sfären, t.ex. ett renodlat kränkande angrepp som att bli spottad rakt i ansiktet.”¹⁷²

Uttalandet fick också önskad effekt. När HD åter prövade frågan i NJA 2005 s. 738, denna gång i plenum, gick domstolens majoritet på lagstiftarens linje och utdömde skadestånd. Enligt Munck belyste fallet svårigheten med att lagstifta genom prejudikat.¹⁷³

¹⁷² Prop. 2000/01:68 s. 50.

¹⁷³ Munck 2014 s. 198.

5 Debatten

Frågan om HD:s roll och inte minst dess ställning mot den politiska makten har inte sällan varit uppe för diskussion. Kritik mot HD har kommit från olika håll och ur olika sammanhang. Domstolarna och makten är också rubriken på ett aktuellt tema i SvJT vars innehåll ligger i fokus för detta kapitel.

5.1 HD:s roll

Gustaf Petrén uttryckte i ett inlägg i SvJT 1990 oro över att HD som det högsta organet för rättsskipningen inte kunde värna sin självständighet och ställning som domstol och istället lät sig utnyttjas för andra ändamål som den politiska makten önskade. Petrén undrade också hur långt HD var beredda att gå i sina eftergifter till de politiska makthavarna när de önskade HD:s assistans i förehavanden där domstolens auktoritet var till politikernas hjälp och avslutade med:

Det synes angeläget att HD på ett eller annat sätt får tillfälle att reda ut sin egen position. Skall HD stå till tjänst för annat än rättsskipningsuppgifter, om en riksdagsmajoritet så önskar?¹⁷⁴

Kritiken föranleddes av att HD enligt Petrén hade ålagts ett antal administrativa ärenden. Bland annat hade justitiedepartementet i en promemoria i ett förslag om att begränsa målsägandes talerätt också föreslagit HD som beslutsmyndighet. HD hade i sin tur i ett yttrande ifrågasatt nödvändigheten i att lägga prövningen på HD, men samtidigt konstaterat att det förvisso var förenligt med HD:s ställning att domstolen ålades den typen av administrativa anmälningsärenden som promemorians angivna lagförslag.¹⁷⁵

HD har också kritiserats för att vara alltför försiktig i sin rättsskipning. Claes Beyer kritiserade exempelvis HD utifrån ett antal avgörande för att domstolen antingen dömde ”halvhjärtat”, vilket i sin tur försvagade domstolarnas betydelse för rättsskipningen och för att HD inte kunde föra mer principiella resonemang utifrån grunderna i rättsordningen. Kritiken grundades bland annat på att HD i NJA 1988 s. 586 förklarade en lärare som fysiskt tillrättaviserat en elev skyldig till ringa misshandel, men eftergav påföljd för brott. I NJA 1985 s. 281 hade HD förklarade den tilltalade skyldig till varusmuggling trots att hon saknat uppsåt och att hon på eget initiativ i efterhand anmälde införseln och betalade tull. Beyer menade att HD borde ha tillämpat skattebrottslagen analogiskt

¹⁷⁴ Petrén 1990 s. 635.

¹⁷⁵ Petrén 1990 s. 634 f.

och friat den tilltalade. Vid den aktuella tidpunkten för HD:s dömande fanns det en reglering i skattebrottslagen om att ansvar inte inträdde vid frivilligt tillbakaträdande. Något motsvarande fanns dock inte i varusmuggningslagen. Beyer pläderade slutligen för att HD och domstolarna generellt borde tillåta sig själva att föra principiella resonemang från kravet på rättsäkerhet och grunderna i rättsordningen, och därmed också axla rollen som den tredje statsmakten som tillgivits dem.¹⁷⁶

Joakim Nergelius var inne på ett liknade spår i sin artikel i SvJT från 2000 med rubriken ”Domstolar och demokrati – Är det dags för maktindelning?” Med ett jakande svar på den redan i titeln ställda frågan menade Nergelius att det var hög tid att införa en tydligare maktindelning i Sverige. Men det inte var frågan om att överföra någon politisk makt till domstolarna utan snarare att domstolarna tydligare skulle ta sig an rollen som konstitutionens, men även Europarättens övervakare. Domarna och domstolarna var de verkliga vinnarna i judikaliseringstrenden och borde därför välkomna utvecklingen snarare än att oroa sig över sina ökade maktbefogenheter. Enligt Nergelius var domstolarnas ökade roll i samhället inom ramen för demokratin och behövde inte riskera att konkurrera med de politiska organen.¹⁷⁷

Frågan om domstolarnas ökade makt kommenterades även av Elisabeth Fura-Sandström, då domare i Europadomstolen och tidigare ordförande för Advokatsamfundet. Den debatt som fördes kring domstolarnas ökade inflytande kallade hon för ”falsk” och påpekade att om domstolarna hade fått ökad makt var det enbart för att politikerna hade velat det. Domarna skulle därför uppmuntras att använda dessa nya möjligheter som tillgivits dem.¹⁷⁸

5.2 En aktivistisk HD?

Den diskussion som förts på senare år har som en kontrast till Petréns kritik handlat mer om huruvida domstolarna tilldelats eller snarare tillgripit alltför mycket makt, om HD har varit för aktivistisk i förhållande till lagstiftaren. Det som på senare år väckt kanske mest uppmärksamhet är Fredrik Wersälls kritik mot det han benämner som en alltmer offensiv HD.

Vad menas då med det som kan beskrivas som ökad aktivism i HD:s dömande? Begreppet aktivism är måhända ett aningen otympligt begrepp då det kan uppfattas på olika sätt. I den amerikanska rättsliga litteraturen betecknas *judicial activism* som när den dömande makten konkurrerar med lagstiftarens ensamrätt om att förändra samhällets

¹⁷⁶ Beyer 1996/97 s. 587 och 590 ff.

¹⁷⁷ Nergelius 2000 s. 556 ff.

¹⁷⁸ Fura-Sandström 2004 s. 265.

rättspolitiskt gällande värderingar. Den amerikanske advokaten Keenan D. Kmiec framhåller att den vanligt förekommande, om än något förenklade, beskrivningen av judicial activism är ”judicial invalidation of legislative enactment”¹⁷⁹. När det i den svenska debatten talas om HD:s ökade aktivism torde det istället handla om prejudikatinstansens utfyllande rättstillämpning. Denna kan innefatta allt ifrån ”vanlig” lagtolkning till mer extensiv, exempelvis analogitolkning. Aktivism behöver i sammanhanget således inte vara ett ”laddat” uttryck.¹⁸⁰

Aktivism kan också beskrivas som att domstolarna skapar ny rätt då lagstiftaren inte klarar av uppdraget. Det som i debatten ofta benämns som aktivism betecknar dock Lindskog snarare som att HD tar ansvar för rättsbildningen.¹⁸¹ I Wersälls kritik mot det han menar är en alltmer offensiv HD kännetecknas HD:s aktivism av ökade normgivningsambitioner och att HD därmed i större utsträckning anses konkurrera med lagstiftaren.¹⁸² Eftersom en stor del av debatten initierats av Wersälls artikel kommer jag fortsättningsvis ha Wersälls beskrivning i åtanke när jag talar om aktivism. Med det sagt lägger jag dock ingen subjektiv värdering i det begreppet.

5.2.1 Wersälls kritik – en offensiv HD

Wersäll framhåller i sin artikel att HD:s normgivningsambitioner ökat, framförallt inom straffrättens område och att HD i vissa avseenden gått längre än nödvändigt för att lösa normkonflikter eller fylla ut luckor i lagstiftningen. HD har helt enkelt ett större självförtroende och visar tecken på ökade normgivningsambitioner. Wersäll illustrerar detta genom ett antal uppmärksammade avgöranden, bl.a. narkotikadomarna från 2011 och 2012¹⁸³ och Mangamålet (NJA 2012 s. 400).¹⁸⁴

Utslagen i dessa rättsfall återspeglar, enligt Wersäll, en betydligt mer aktivistisk HD än vad domstolen tidigare varit. Han nämner ett exempel i domstolens uttalande i NJA 2003 s. 508 som han menar är HD:s traditionella inställning. Huvudfrågan i målet gällde skadestånd till anhörig och HD menade att en sådan utvidgning visserligen var motiverad, men att det också kunde innebära konsekvenser som HD inte kunde överblicka. En sådan utvidgning av skadeståndsrätten borde därför ske genom lagstiftning och inte genom rättstillämpning.¹⁸⁵

¹⁷⁹ Kmiec 2004 s. 1463.

¹⁸⁰ Kleineman 2014/15 s. 495.

¹⁸¹ Se Josefsson 2015 s. 40, 69 och Lindskogs tillägg i NJA 2012 s. 535 p. 4.

¹⁸² Wersäll 2014 s. 1 ff.

¹⁸³ NJA 2011 s. 357, s. 675 I-II, s. 799, samt 2012 s. 115, s. 114, s. 510 och s. 528.

¹⁸⁴ Det bör dock påpekas att Wersäll var ordförande i Mangamålet i hovrätten och även ordförande i påföljdsutredningen. Hans opartiskhet i sammanhanget kan därför givetvis ifrågasättas, men det förtar dock inte nödvändigtvis tyngden av de argument han framför.

¹⁸⁵ Wersäll 2014 s. 1 f.

Wersäll bedömer EU-inträdet och internationaliseringen som den främsta orsaken till den utvecklingen. I takt med att den inhemska rätten tolkas i ljuset av internationella konventioner har riksdagens makt minskats och normkonflikter blivit vanligare. Dessa normkonflikter får sedermera domstolarna lösa och HD:s avgöranden innehåller allt oftare referenser till EU-rätten. Därigenom menar Wersäll att domstolarnas makt ökat på bekostnad av den politiska makten och nämner borttagandet av uppenbarhetsrekvisitet som ett exempel.¹⁸⁶

5.2.1.1 Mangamålet

I Mangamålet NJA 2012 s. 400 som redovisats ovan ansåg HD att kriminaliseringen av innehav av icke verklighetstrogen tecknad barnpornografi gick utöver vad som var nödvändigt med hänsyn till de ändamål som föranlett straffbestämmelsen. Wersäll menar att HD:s dom präglas av subjektiva skrivningar och att HD skapade en normkonflikt som kanske i själva verket inte fanns. Wersäll ansluter sig också till Axbergers kritik och menar att HD gick längre vad som var nödvändigt. Om innehavet istället hade bedömts som försvarligt mot bakgrund av den tilltalades yrkesmässiga intresse för mangateckningar hade domstolen kunnat nå samma slutsats utan att underkänna kriminaliseringen som oförenlig med grundlagen.¹⁸⁷

5.2.1.2 Narkotikadomarna

Vad gäller narkotikamålen och då främst NJA 2011 s. 357 som också redogjorts för tidigare är Wersälls kritik aningen mångfacetterad och kanske inte i första hand inriktad på själva utgången i målen. Visserligen menar Wersäll att HD i princip godtagit den praxisutveckling som skett där maxstraffet för narkotikabrott inte sällan utdömdes, vilket i sin tur var oproportionerligt i relation till övriga grova brott. Enligt Wersäll råder det därför inga tvivel om att HD:s justering var nödvändig och efterlängtd. Han frågar sig dock om det var HD:s uppgift att göra denna förändring, bland annat med beaktande att HD i princip godtagit den otillfredsställande praxisutvecklingen. Wersälls kritik i detta mål föranleddes snarare främst mot bakgrund av att det vid tidpunkten för HD:s dom i Mefedronfallet pågick en av regeringen tillsatt utredning¹⁸⁸ (för vilken Wersäll även var ordförande) med uppdraget att bl.a. se över straffnivåerna för narkotikabrott. Wersäll menar att förslagen i princip var klara och skulle presenteras under våren 2012. När utredningen väl lades fram som SOU 2012:34 innehöll den således inga förslag angående straffmätningen för narkotikabrott.¹⁸⁹ Enligt Wersäll var förslagen avseende narkotikabrott i princip klara när HD meddelade sin dom, varvid de sedermera blev helt överspelade och aldrig lades fram.¹⁹⁰

¹⁸⁶ Wersäll 2014 s. 2 f.

¹⁸⁷ Wersäll 2014 s. 7. Se även Axberger 2012/13 s. 898 ff.

¹⁸⁸ Se Dir 2009:60.

¹⁸⁹ SOU 2012:34 s. 34.

¹⁹⁰ Wersäll 2014 s. 6 f.

Enligt Wersäll var den tillsatta utredningen ett bevis på att lagstiftaren var medveten om bristerna i dåvarande narkotikapraxis och ville se en förändring. Wersäll framhåller också att det till och med från politiskt håll hävdats att HD:s omsägning var positivt eftersom riksdagen knappast hade accepterat en så radikal omläggning av narkotikastraffmätningen. Det kan då ifrågasättas om det är HD:s uppgift att driva igenom förändringar som omöjliga kan visa stöd i riksdagen och därmed kan anses sakna demokratisk förankring.¹⁹¹ Till skillnad från exempelvis Mangamålet rörde det sig inte om någon potentiell normkonflikt utan förändringen tillkom helt på HD:s initiativ. Slutligen påpekar Wersäll att det relativt stora antal mål som behövdes för att förtydliga HD:s nya praxis synliggör rättsbildningens tillkortakommande som ett alltför trubbigt instrument för att justera ett rättsområde. En traditionell lagstiftningsprocess hade haft bättre möjligheter att presentera ett tydligt och precist förslag.

5.2.1.3 Sammanfattning

Wersäll avslutade sin artikel med att konstatera att de mål som han berört är exempel på vad han menar är ”en påfallande offensiv rättstillämpning”.¹⁹² Internationaliseringen kan till stor del ses som en starkt bidragande orsak till att domstolarna fått ökad makt. Men domarna måste också visa stor ödmjukhet inför det faktum att de saknar politiskt mandat men likväl allt oftare dömer i frågor som traditionellt sett tillhört lagstiftaren. Wersäll påpekade också att normgivning genom praxis har uppenbara begränsningar såsom svårigheter med att bedöma konsekvenserna utanför det aktuella målet. Dessutom saknas många av de fördelar, inte minst det omfattande beredningsarbetet, som följer av en traditionell lagstiftningsprocess, när HD på egen hand ändrar rättsläget. Wersäll konstaterade avslutningsvis följande:

*Domstolarna, inte minst HD, måste ta sitt ansvar för de normkonflikter som uppstår i de mål som läggs framför dem och måste också vara beredda att fylla ut de luckor som lagstiftaren lämnar. En viss återhållsamhet med att ta på sig lagstiftarhatten är dock enligt min mening rimlig, som allmän utgångspunkt.*¹⁹³

5.2.1.4 Egen kommentar

Det är i sammanhanget intressant att nämna att Wersälls och Lindskogs beskrivningar av hur rättsläget såg ut vid tiden för HD:s avgörande i Mefedronfallet. Enligt Wersäll fanns det i princip färdiga förslag till ändringar av straffmätningen av narkotikabrott i en parlamentarisk

¹⁹¹ Det bör här påpekas att Wersälls uttalande inte är helt gripet ur luften eftersom även Muck konstaterat att HD i sitt avgörande gått betydligt längre än vad lagstiftaren vågat. Se Muck 2014 s. 196. Mer om detta nedan.

¹⁹² Wersäll 2014 s. 7.

¹⁹³ Wersäll 2014 s. 8.

utredning som skulle presenteras drygt ett halvår senare. Lindskog menade å sin sida att HD fick ta initiativet i frågan eftersom någon förändring genom lagstiftning av den enligt honom oacceptabla påföljdspraxisen inte var att förvänta, ”i vart fall inte inom en rimlig tidshorisont.”¹⁹⁴ Vad som enligt Lindskog är inom en rimlig tidshorisont framgår inte, eller om han varit medveten om den pågående påföljdsutredningen. Av uttalandet att döma torde mycket tala för att HD vid tillfället var medveten om utredningen, men ansett att det skulle ta för lång tid innan ett färdigt lagförslag presenterades. Wersäll menar också att HD tyst accepterat den orimliga narkotikapraxisen medan HD i Mefedronfallet hänvisade till tidigare uttalande där domstolen antytt att praxis var på väg i fel riktning.

5.3 Debatten som följde

Wersälls artikel om HD:s ökade aktivism blev startskottet för en omfattande debatt i SvJT där Wersälls kritik mötte både ris och ros. De artiklar som ska behandlas här nedan kan sägas utgå från Wersälls artikel men har delvis olika ingångsvärden och belyser olika delar av frågeställningen kring HD:s aktivism. Jag vill också påpeka att några av artiklarna var väldigt långa och belyser många olika aspekter. Av utrymmesskäl och med hänsyn till uppsatsens upplägg och infallsvinkel kommer jag enbart att ta upp de delar som jag anser relevanta för mina frågeställningar. Jag kommer således inte att ge några fullständiga referat av artiklarna.

5.3.1 Vem ska leda rättsutvecklingen?

Chefsjustitieombudsmannen Elisabet Fura (tidigare Fura-Sandström) välkomnade Wersälls artikel och inledde med att uttrycka glädje över att HD:s ökade självförtroende som därigenom lett till ökade fokus på de mänskliga rättigheterna. Problemet låg dock i frågan om maktindelning och den däri grundläggande frågeställningen om riksdagen eller HD skulle leda rättsutvecklingen. Svaret borde enligt Fura vara lagstiftaren eftersom en lagstiftningsprocess är mer transparent än en process i domstol. Regeln eller lagen som sedermera produceras har därför en större legitimitet än en tolkning av HD. Fura menade därför att det kunde anses bekymmersamt att HD inte enbart ingriper vid en tydlig normkonflikt. Fura lyfte även upp HD:s avgörande i narkotikamålen som ett bra exempel på problemet när praxis i ett slag ändras drastiskt. Om HD tar över riksdagens roll som lagstiftare rubbas balansen i maktindelningen och enligt Fura gällde det oavsett om det skedde genom ökad aktivism eller genom utfyllning av ett av riksdagen skapat tomrum. Det påpekades också i artikeln att diskussionen inte var typisk för Sverige utan även fördes på europeisk nivå.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Lindskogs tillägg i NJA 2012 s. 535 p. 5.

¹⁹⁵ Fura 2014 s. 101 ff.

Fura avslutade sin artikel med att kommentera den svenska domarens attitydförändring i förhållande till de ökade maktbefogenheterna och med en försiktig uppmaning till denne att måhända ta ett steg tillbaka uttalade hon följande: ”Från en inledande skepsis till en försiktig nyfikenhet har vi nu fått se en stor entusiasm, på gränsen till överutnyttjande. Kanske har tiden kommit för pendeln att svänga tillbaka något?”¹⁹⁶

5.3.2 HD:s roll i det dynamiska rättsamhället

Advokaten Ola Wiklund kritiserade Wersälls artikel för att inte underbygga sin argumentation och därmed endast innefatta subjektiva värderingar. Wiklund menade att artikeln saknade en normativ tolkningsteori avseende HD:s konstitutionella behörighet och inte heller analyserade HD:s roll i den svenska demokratin med beaktande av den politiska verklighet inom vilken HD verkar och hur den förändras över tid. En närmare analys kring förhållandet mellan lagstiftning och rättstillämpning var därför nödvändig.¹⁹⁷

Wiklund försvarade HD:s ställningstagande i Mefedronfallet och menade att HD inte hade något rimligt alternativ, eftersom rådande praxis var ohållbar och att HD knappast kunde vilandeförklara domen i väntan på att påföljdsutredningen skulle bli färdig.¹⁹⁸ Detta hängde även ihop med det som enligt Wiklund var HD:s huvuduppgift, att rätta till systemfel och därigenom värna det svenska rättssystemet. HD:s roll kom därför att förändras i takt med att det svenska rättssystemet utvecklades. När den svenska välfärdsstaten började byggas efter andra världskriget fanns ett stort moderniseringsbehov och därmed behov av ny lagstiftning. Lagstiftarens vilja med de stora lagreformer som då genomfördes kunde enkelt utläsas i förarbetena. HD:s praxis kom därför att i princip präglas av ett lagstiftarperspektiv. Dagens svenska rättsordning präglas dock, enligt Wiklund, av harmoniseringskrav från Europarätten och av en lagstiftare som saknar vilja att initiera ny lagstiftning. Lagstiftaren är idag inte heller lika benägen att rätta till systemfel i den nationella rättsordningen. Denna passivitet kan därför anses vara en av orsakerna till HD:s aktivism.¹⁹⁹ EU-rättens ökade inflytande medförde också ett förstärkt skydd för de mänskliga rättigheterna, en utökad lagprövningsrätt och förstärkt lagrådsgranskning.²⁰⁰

Wiklund lyfte också upp frågan om att rättstillämpningen sköts av domare som mer eller mindre påverkas av egna värderingar. Domarens egna värderingar är, enligt Wiklund, däremot inte synonyma med den enskilde domarens personliga åsikt. De bör istället ses som attityder såsom

¹⁹⁶ Fura 2014 s. 104.

¹⁹⁷ Wiklund 2014 s. 336 f.

¹⁹⁸ Wiklund 2014 s. 337 f.

¹⁹⁹ Wiklund 2014 s. 341 f.

²⁰⁰ Wiklund 2014 s. 344.

kulturuppfattning, självuppfattning och ideologi som hänger samman med det samhälle i vilket domarna verkar och de förändringar som däri skett.²⁰¹

Wiklund konstaterade slutligen att Wersäll inte lyckats legitimera sina anklagelser om otillåten aktivism från HD:s sida, eftersom hans kritik saknade rättsteoretisk förståelse och en analys av domstolens och rättstillämpningens roll i en dynamisk samhällsutveckling. Wiklund ansåg därför att Wersälls kritik enbart var ett uttryck för hans subjektiva värderingar men att det alltså öppnade för en intressant diskussion om makt och rätt.²⁰²

5.3.3 Aktivismens baksida

Hovrättsrådet Carl Josefsson lyfte i sin artikel fram ett antal invändningar mot aktivismen. Om domstolarna konstaterar att rättsläget är otillfredsställande och därför bestämmer sig för att på egen hand åtgärda detta, trots att domstolarna anser att lagstiftaren egentligen är bättre lämpad, försvagas maktdelningen. Domstolarna riskerar då att uppfattas som en egen stat i staten vilket undergräver deras legitimitet. Det är en förutsättning för domstolarnas legitimitet att maktutövningen är självständig men ändå inte helt fri då den är bestämd och begränsas av riksdagen. Legitimiteten i all maktutövning i en demokrati måste komma underifrån, ytterst från folket, vilket i sin tur utgör grunden för riksdagens legitimitet.²⁰³

Josefsson var också kritisk mot Lindskogs argument, att lagstiftaren kan ingripa om HD går för långt i sin prejudikatverksamhet. Han menade dels att det knappast kunde sägas vara ett bemötande av kritiken mot HD:s framflyttade positioner, dels att argumentet i grunden är ohållbart. Lagstiftaren saknar helt kompetens att överpröva om HD använt sig av de skäl som lagstiftaren åsyftat. Lagstiftaren kan förvisso, som Lindskog framför, genom lagstiftning korrigera ett oönskat prejudikat, men detta riskerar, enligt Josefsson, i sin tur att leda till problem ur maktdelningssynpunkt. Det följer av maktdelningen att lagstiftaren ska respektera domstolarnas dömande verksamhet. Domstolarna och lagstiftaren fyller här olika funktioner och domstolarna ska inte konkurrera om normgivningsmakten. Om så sker riskerar det dels att undergräva lagstiftarens auktoritet, eftersom lagstiftaren då inte längre har monopol på lagstiftningen, dels att undergräva domstolarnas auktoritet eftersom deras demokratiska legitimitet kan ifrågasättas.²⁰⁴

Domstolarnas uppgift är enligt Josefsson rättsfortbildning, ”vilket innebär att domstolarna måste rättfärdiga sina avgöranden med skäl på ett sätt som

²⁰¹ Wiklund 2014 s. 346. Se vidare Wiklund, Om att ta den svenske domarens värderingar på allvar, ur Svea hovrätt 400 år, 2014 s. 473 ff.

²⁰² Wiklund 2014 s. 347.

²⁰³ Josefsson 2014 s. 70. Se även Mattsson s. 591.

²⁰⁴ Josefsson 2014 s. 70 f.

koherent fogar in avgörandena i gällande rätt.”²⁰⁵ För att avgörandena ska anses vederhäftiga även i framtiden måste de ha en tydlig koppling till tidigare praxis. Josefsson ställde sig här även kritiskt till Wiklunds resonemang kring domarens värderingar eftersom det, enligt honom, riskerade att politisera domstolarna, vilket i sin tur riskerade att på sikt äventyra legitimiteten såväl som självständigheten. Avslutningsvis konstaterade också Josefsson att domstolarna spelar en central roll i demokratin, men att de inte kan ersätta eller sätta sig över densamma. Då undergräver de både demokratin och sin egen legitimitet och självständighet.²⁰⁶

5.3.4 Domare och lagstiftare

Förhållandet mellan domare och lagstiftare var temat för Pauliine Koskelos föreläsning med anledning av Svea hovrätts 400-årsjubileum. Hon betonade särskilt problematiken med att lagstiftaren, som den högsta demokratiskt legitimerade makten, allt oftare förhöll sig passiv inför viktiga frågor som borde lösas genom lagstiftningsåtgärder eller i vart fall föll inom regeringens och riksdagens ansvarsområde.²⁰⁷

Om domarna i sin tur frestas att gå för fort fram medför det också risker. Lagstiftaren kan förvisso korrigera en sådan mer offensiv rättsbildning, men om lagstiftaren av någon anledning inte är kapabel till detta befästs därmed en maktförskjutning, eller kanske snarare en ansvarsförskjutning. Domstolarna saknar många av de kvalitéer och förutsättningar som lagstiftaren har.²⁰⁸ Det bör också nämnas att Kmiec även framfört att domstolar inte är lika kompetenta normgivningsinstrument som lagstiftaren. Detta menar han också är ett av de starkaste argumenten mot den typen av aktivism.²⁰⁹

Koskelo påpekade också att legitimiteten och oavhängigheten hos domstolarna bygger på att de är bundna av samt upprätthåller en rätt som de inte själva skapat. Legitimiteten kan härav ifrågasättas om domstolarna tar sig för stora friheter genom att skapa den rätt som sedermera ska tillämpas. Domstolarna kan därför inte se sin prejudikatskapande uppgift som en ursäkt för att inte överväga hur dömandet bör förankras i rättsordningen utifrån ett maktodelningsperspektiv.²¹⁰

Mot bakgrund av detta menade Koskelo att frågan ställs på sin spets när domstolarna ställs inför problem som lagstiftaren borde ha ombesörjt genom en lagreglering, men istället förhåller sig passiv. Till skillnad från lagstiftaren har domstolarna ingen sådan möjlighet att ducka. Koskelo

²⁰⁵ Josefsson 2014 s. 71.

²⁰⁶ Josefsson 2014 s. 71.

²⁰⁷ Koskelo 2014 s. 622.

²⁰⁸ Koskelo 2014 631 f.

²⁰⁹ Kmiec 2004 s. 1471 f.

²¹⁰ Koskelo 2014 s. 632 f.

oroade sig över den utvecklingen där lagstiftaren som det demokratisk legitimerade organet inte förmådde uppfylla sin konstitutionella skyldighet, samtidigt som domstolarna som ett resultat av detta tvingades eller frestades till att överstiga sitt legitima uppdrag.²¹¹

Det var därför av yttersta vikt att både lagstiftaren och domstolarna uppfyllde sina respektive roller. Koskelo valde också att avsluta med en formulering som torde kunna uppfattas som en försiktig uppmaning till domstolarna: ”Att våga kan ibland också innebära att man ska våga låta bli.”²¹²

²¹¹ Koskelo 2014 s. 638 f.

²¹² Koskelo 2014 s. 641.

6 Analys

6.1 Inledning

Jag vill här börja med att konstatera att diskussionen kring HD:s ökade aktivism är betydligt mer komplicerad och nyanserad än vad den vid en första anblick kan verka vara. Detta återspeglas inte minst i alla de olika perspektiv och infallsvinklar utifrån vilka ”problemet” kan angripas. Vid en snabb genomläsning av Wersälls artikel är det enkelt att få en aningen förenklad bild av en mycket större fråga som bör ses i ett betydligt större sammanhang. Som Wiklund till viss del är inne på går det inte bara att utifrån en handfull rättsfall dra några generella slutsatser om huruvida HD överstigit sin konstitutionella behörighet. För det krävs det en betydligt mer detaljerad analys kring HD:s ställning och hur den har förändrats i takt med att samhället, juridiken och politiken har förändrats. Alldeles oavsett om Wersälls kritik ska anses som subjektiva åsikter eller ej, går det inte, som de flesta debattörerna också tycks vara överens om, att bortse från de frågeställningar och problemformuleringar som han aktualiserar.

Det torde inte finnas några tvivel kring påståendet att domstolarna och inte minst HD sedan EU-inträdet flyttat fram sina positioner. Frågor som tidigare ansetts tillhöra den politiska makten har gradvis varit uppe för avgörande i domstolarna. Utvecklingen är dock inte unik för Sverige utan torde vara del av en pågående trend inom hela EU. Harmonisering av EU-rätten är ett ständigt inslag i de nationella lagstiftarnas arbete. EU-rättens inträde i den svenska rättsordningen är förmodligen den främsta anledningen till domstolarnas framflyttade positioner. I Sverige har denna utveckling bemötts med viss skepsis, åtminstone initialt, från politiskt håll, men kanske snarare från domstolarna själva. Domstolarna har länge ansetts ha en betydligt mindre roll än vad som kanske bör tillkomma den dömande makten i ett demokratiskt samhälle som till stor del är baserad på maktindelningens princip. Den traditionella svenska domaren som verkade efter andra världskriget i såväl tingsrätt, hovrätt som HD gjorde inga anspråk på att ta del av den politiska makten, utan agerade istället lojalt mot lagstiftaren och dömde efter dennes intentioner.

De rättsfall som på senare år uppmärksammats som tecken på en mer aktivistisk HD har dock haft begränsad eller ingen direkt koppling till EU-rätten. Även om introduceringen av EU-rätten haft stor inverkan på den svenska rättsordningen kan det knappast vara den enda orsaken till HD:s framflyttande positioner.

6.2 HD:s utveckling

Det krävs inte särskilt mycket historiskt grävande för att konstatera att dagens HD har mycket lite gemensamt med den domstol som Gustav III grundade i slutet av 1700-talet. Även om HD alltid har varit sista instansen i domstolsordningen fanns det tidigare i princip inga begränsningar för att fullfölja ett mål till HD. Eftersom HD:s arbetsbelastning blivit så pass stor ändrades detta dock 1915 när mål av mindre ekonomiskt värde (summa revisibilis) och brottmål av mindre art (poena revisibilis) inte fick prövas i HD. Det var dock möjligt att även få dessa fall prövade i HD genom beviljande av dispens. En av dessa dispensgrunder som infördes var den s.k. prejudikatdispensen som kunde meddelas om det var av synnerlig vikt för en enhetlig lagtolkning eller rättstillämpning att frågan prövades av HD.

Ytterligare begränsningar av fullföljanderätten infördes 1945 i samband med införandet av dagens RB. Prövningstillstånd blev då obligatoriskt för samtliga mål som överklagades till HD. I princip räckte det dock att hovrättens dom kunde anses felaktig eller om det annars fanns skäl att ändra hovrättens dom för att dispens skulle kunna meddelas tack vare ändringsdispens och allmän dispens. Den verkliga förändringen kom dock när HD 1971 tilldelades rollen som en renodlad prejudikatinstans, eftersom alla dispensgrunder utom prejudikatdispensen avskaffades. HD primära uppgift blev då att skapa prejudikat som skulle leda rättsutvecklingen framåt och bidra till enhetlighet och konsekvens inom rättstillämpningen. Riktigheten i underrätternas domar skulle inte längre spela någon roll i bedömningen av om prövningstillstånd skulle beviljas eller inte. Rättvisan och rätten till överprövning i det enskilda fallet skulle istället tillgodoses i hovrätten.

Det var otvivelaktigt i denna reform som dagens HD föddes. Domstolen kunde nu fokusera på de mål som var intressanta för rättsordningen och inte endast för parterna. HD:s ställning torde också ha stärkts av detta. Domstolen fick en tydligare roll och prejudikatinstrumentet blev vassare. Det torde också ha gett HD större möjligheter att i större utsträckning själv bestämma var lagstiftningen behövde kompletteras eller förtydligas med hjälp av prejudikat.

Maktdelning är en central del i det svenska statsskicket och RF bygger också på att makten i samhället fördelas mellan den styrande makten, den lagstiftande makten och den dömande makten. Men folksuveränitetsprincipen är också en grundläggande byggsten i den svenska demokratin. Principen återfinns likväl i RF:s portalparagraf som säger att all offentlig makt utgår från folket. Vid en strikt tolkning av denna princip torde så lite makt som möjligt förläggas i institutioner som inte styrs av de folkvalda. Det kan därmed konstateras att det finns en grundläggande konflikt mellan folksuveränitet och maktdelning. Den dömande makten har också haft ett ganska begränsat inflytande i Sverige och i viss mån betraktats nästan som en bakgrundsfigur till den lagstiftande makten. Domare och politiker har under stora delar av 1900-talet till synes varit

eniga kring idén att domarna inte bör konkurrera med den politiska makten. Politiker har bl.a. ifrågasatt legitimiteten hos icke folkvalda domare att granska deras lagförslag och domare har sett det som sin skyldighet att följa politikernas ambitioner. Betydelsen av förarbeten är det kanske tydligaste exemplet på det senare. Varken domare eller politiker har velat ha politiska domstolar likt de i USA:s högsta domstol.

De senaste 20 åren har detta ömsesidiga förhållande dock förändrats, inte minst mot bakgrund av den judikaliseringstrend som tog fart i och med EU-inträdet. HD fick därmed delvis en ny huvuduppgift, att se till att inte tillämpa svensk lagstiftning som stod i strid med EU-rätten. På så sätt kunde även politisk känsliga frågor slutligen avgöras i domstolar. Denna uppgift kom också att ge ökad auktoritet till de svenska grundlagarna. Redan några år efter EU-inträdet konstaterade HD för första gången att tillämpningen av en svensk lag stred mot RF. Det stod klart att det andra milleniet skulle medföra betydande förändringar för domarnas ställning i den svenska rätten. Nergelius konstaterade att tiden nu var inne för en tydlig maktindelning i det svenska statskicket och att domarna var judikaliseringstrendens stora vinnare.

Det torde inte råda några tvivel om att 1971 års fullföljdsreform var att betrakta som den moderna HD:s födelse. Jag ansluter mig i allra högsta grad till den uppfattningen. Genom att ge domstolen rollen som prejudikatinstans lades grunden för den moderna högsta instansen och tillsammans med införandet av dagens RF utgjorde det slutet för den domstol som kunde spåra sina rötter tillbaka till Gustav III:s dagar. 1971 kan också, som Munck påpekat, ses som startpunkten för utvecklingen mot en mer normskapande HD. Detta förefaller helt enkelt naturligt då HD skiljdes från de mål som inte ansågs intressanta ur rättsskipningssynpunkt. Jag vill dock påstå att den utvecklingen accelererade först i samband med EU-inträdet.

6.3 HD:s roll

Av förarbetena till RF följer att HD ska bidra till en enhetlig och konsekvent rättsbildning och tolka lagen i ljuset av lagstiftarens vilja. HD:s primära uppgift är att genom prejudikat ge underrätterna vägledning och föra rättsbildningen framåt. Även om domstolens prejudikat inte är formellt bindande är de av stor betydelse och följs i regel alltid av underrätterna.

Det är också viktigt att HD tar ansvar för att lösa de normkonflikter som blivit allt vanligare och på så sätt säkerställa att nya och gamla lagar inte strider mot såväl grundlagarna som den europeiska rätt och dess principer som Sverige förbundit sig att följa. För att HD ska kunna axla det ansvaret krävs att domstolen verkligen intar den ställning som den dömande maktens högsta organ. HD måste också vara beredd på att täppa till håll i lagstiftningen som lagstiftaren lämnar. Mycket talar för att denna uppgift också fått en ännu större betydelse på senare år, eftersom lagstiftaren inte är

lika angelägen att själv åtgärda oklarheterna med ny lagstiftning. Det är därför av stor vikt att HD har en klar, tydlig och auktoritär roll.

Som Petrén framförde under början av 1990-talet är det viktigt att HD är självständig i förhållande till lagstiftaren och också förmår agera självständigt. För att detta ska bli verklighet i praktiken är det oundvikligt att HD då och då kommer att trampa lagstiftaren på tårna. För att HD ska kunna hävda sin roll som ledande företrädare för den tredje statsmakten måste den också våga trotsa de folkvalda. Det går inte att ta demokrati och folksuveränitet som gisslan för att motsätta sig domstolarnas granskning och överprövning av lagarna. I dagens dynamiska rättssamhälle som i stor utsträckning präglas av den europeiska rätten går det inte att vidhålla det tidigare lojala och pragmatiska klimatet mellan domare och lagstiftare som präglade den svenska rätten under stora delar av 1900-talet. När HD ställs inför ett problem måste domstolen ha mandat och mod att inte begränsas av en passiv lagstiftare och/eller en otydlig och/eller omodern lagstiftning, utan måste, som Beyer framför, våga föra större resonemang utifrån allmänna principer med utgångspunkt från rättsordningen i stort. HD kan inte döma ”halvhjärtat”. I brist på rätt måste HD som prejudikatinstans helt enkelt skapa rätt i lagstiftarens ställe. HD:s rättsskipning är inte och kan inte heller vara mekanisk.

Detta måste dock hanteras med stor försiktighet och med ständigt beaktande av den demokratiska ordningen. I de flesta fall torde det vara lämpligare att luckor och oklarheter i lagstiftningen åtgärdas med lagstiftning i första hand. Sammantaget borde HD, enligt min mening, göra varken mer eller mindre än vad som krävs för att uppfylla sin roll som prejudikatinstans. Om HD inte utför uppgiften fullt ut riskerar prejudikaten att bli svaga och otydliga och förtroendet för domstolen att urholkas. Om HD å andra sidan går längre än nödvändigt riskerar det att urholka domstolens demokratiska legitimitet. Var denna gräns går är givetvis omöjligt att säga och får avgöras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Gemensamt för båda ytterligheterna är dock att de medför problem utifrån ett maktodelningsperspektiv.

6.4 HD och normbildningen

Vad gäller HD:s förhållande till lagstiftaren skulle skiljelinjen kunna dras vid termerna normgivning respektive rättstillämpning. Lagstiftaren skapar generella normer som HD sedermera har att tolka i enskilda fall. Som Munck framhåller är dock denna traditionella uppdelning missvisande, eftersom HD genom sina prejudikat, som förvisso inte är bindande men som i regel följs, också skapar generella normer. I den konstitutionella debatten är det dock enklare att göra som Munck och avgränsa HD:s normgivning till fall då domstolen skapar en ny regel. Det råder däremot ingen tvekan om att HD också är ett normgivande organ. HD har däremot, som tidigare konstaterats, tidigare varit försiktig och överlämnat så mycket som möjligt av normgivningen till lagstiftaren eller i vart fall utgått ifrån hur lagstiftaren hade velat att lagen skulle tolkas.

Som både Lindskog och Munck har konstaterat, tar HD ett större ansvar för normbildningen. Domstolen är inte lika benägen att vänta på att lagstiftaren ska ta sig an problemen och förtydliga med lagstiftning. Denna attitydförändring motiveras med att lagstiftaren allt oftare förhåller sig passiv inför nödvändiga lagstiftningsåtgärder och kanske till och med mer eller mindre aktivt lämnar över frågan till domstolarna. Men som de båda justitieråden också konstaterat, är det som Lindskog benämner som rättsbildning genom prejudikat också förenat med ett antal problem. HD kan som i Mefedronfallet kasta om rättsläget i princip över en natt genom ett prejudikat, eftersom domstolen inte kan meddela övergångsbestämmelser. Det kan knappast anses optimalt ur förutsebarhetssynpunkt, men också ur rättvisesynpunkt. När HD som i fallet mildrar synen på en viss påföljd väcks frågan om vad som bör gälla för dem som redan avtjänar ett straff vilket, med HD:s nya synsätt, är alldeles för strängt. HD har i vart fall slagit fast att ett nytt prejudikat inte anses utgöra grund för resning. Något annat vore enligt min mening orimligt men det kan knappast anses rättvist.

En norm från HD i form av ett prejudikat lider också av svagheten att det inte är lika väl berett och inte heller kan anses ha lika brett tillämpningsområde som en norm skapad genom lagstiftning. Den beredningen som sker inför ett avgörande kan omöjligen ersätta det mycket omfattande beredningsarbete som sker vid lagstiftning, och även om ett prejudikat blir generellt tillämpligt kan det inte förtydliga rättsläget mer än vad som ligger inom ramen för målet. Detta illustreras ganska tydligt av att det efter Mefedronfallet krävdes ytterligare sju prejudikat för att klargöra rättsläget. Det kan även vara svårt att bedöma effekterna av ett prejudikat utanför det aktuella fallet, vilket i sin tur kan leda till följdfrågor och behov av åtgärder som inte HD till fullo kan tillgodose.

En annan svaghet med normbildning genom prejudikat i en stat vars grundlag utgår från folksuveränitetsprincipen är att ett antal justitieråd som inte är folkvalda skapar normer i den demokratisk valda riksdagens ställe. Till skillnad från de andra nackdelarna som Munck och Lindskog lyfter med HD:s normbildning avfärdas denna invändning alltför lättvindigt i mina ögon. Jag hade önskat att Munck och Lindskog, gjort någon form av konstitutionell analys av hur HD:s attitydförändring med en ökad normgivningsmakt påverkade maktindelningen och den demokratiska processen. Särskilt med tanke på att de avgöranden som de nämner som exempel varit av stor betydelse och fått stora konsekvenser för rättsbildningen.

Munck och Lindskog har själva framfört de flesta av dessa svagheter som rättsbildning genom prejudikat lider av i förhållande till lagstiftning, men de anser alltså att HD:s ökade normbildningsmakt är nödvändig och i vissa fall önskvärd.

6.5 Orsaker till utvecklingen

Som jag tidigare framfört vore det nog ingen överdrift att säga att EU-inträdet är den främsta orsaken till domstolarnas ökade makt. Judikalisering och ökat fokus på mänskliga rättigheter torde vara ett direkt resultat av detta. Domstolarnas roll som den enskilde medborgarens skyddsmekanism mot staten var länge något som förknippades främst med common law-baserade rättsordningar. Den demokratiskt tillsatta lagstiftaren anses inte längre utgöra ett fullgott skydd i detta hänseende.

EU-rättens inträde och HD:s ansvar för att den inhemska rätten inte strider mot densamma har onekligen varit den främsta orsaken till HD:s ökade aktivism. Vid Muncks och Lindskogs resonemang kring utvecklingen framträder emellertid en annan bild. Deras resonemang kring HD som normbildare håller sig inom den nationella rättens ramar. Enligt de båda justitieråden, i synnerhet Lindskog, är det lagstiftarens hållning som också öppnat dörren för prejudikatens stärkta rättsbildande ställning. Det talas om passivitet och maktflykt från lagstiftarens sida. Frågan om uppsåtsbegreppet nämns som ett exempel på när lagstiftaren överlämnar till domstolarna att klargöra rättsläget. Straffmätningen för narkotikabrott nämndes i sin tur som ett exempel på att lagstiftaren inte förmådde agera och med lagstiftning korrigera en ohållbar utveckling i praxis. Lindskog menade att HD helt enkelt tröttnat på att lagstiftaren inte förmådde reagera trots brister som HD pekat på, men också att lagstiftaren inte hann med, eftersom harmonisering av EU-rätten tog upp mycket tid. Av det att döma vore alltså lagstiftarens passivitet, vare sig den är frivillig eller inte, vara den främsta anledningen till HD:s framflyttade positioner. Även Wiklund var inne på det resonemanget.

Det ska påpekas att de åsikter som framförts av Munck i hans artikel och i Lindskogs och Borgekes tillägg inte nödvändigtvis är representativa för HD:s övriga ledamöter. De avgöranden som uppmärksammats i debatten har emellertid varit enhälliga, varvid det i vart fall kan konstateras att HD:s framflyttade position skett med samtliga ledamöters goda minne.

6.6 Har HD blivit för offensiv?

Kontentan av Wersälls kritik är att HD blivit alltmer offensiv eller aktivistisk och att det är problematisk ur maktindelningssynpunkt, eftersom domarna saknar politiskt mandat. Det är istället politikerna som ska svara för den huvudsakliga normbildningen i samhället. Wersäll ger därvid några exempel på rättsfall där han i viss mån antyder att HD har överskridit sin konstitutionella behörighet. Wersälls kritik har fått visst medhåll i doktrinen från bland andra Fura och Josefsson men har också mött kritik.

Som jag redan konstaterat går det knappast att påstå att HD överskridit sin konstitutionella befogenhet. Jag delar dock Wersälls uppfattning att HD:s

mer offensiva linje och vissa uttalanden i de ovan redovisade domarna är problematiska. Domstolen förklarade i Mangamålet att kriminaliseringen av innehav av icke verklighetstroga tecknad barnpornografi var oproportionerlig och därmed oförenlig med grundlagen. Jag har själv inte sett bilderna men jag ansluter mig till uppfattningen om att det möjligen var överdrivet att behandla det som en normkonflikt eftersom HD, som Axberger också framhåller, hade kunnat nå samma resultat utan att underkänna lagstiftningen. Att HD i domskälen dessutom glider på formuleringarna i förarbetena gör det än mer problematiskt, eftersom lagstiftarens vilja i motiven var glasklar. Jag påstår inte att detta nödvändigtvis hade gjort någon skillnad med tanke på att HD inte på något sätt är skyldig att följa förarbetena, men det är olyckligt att HD framställer rättsläget som oklart i den bemärkelsen.

Förhållandet till lagstiftaren aktualiseras också i Rusmålet, men tillmäts där en helt annan betydelse. HD motiverar sitt ställningstagande med flera anledningar; den kanske mest intressanta är uttalandet om lagstiftarens hypotetiska vilja. HD konstaterar att frågan om straffansvar för rus har aktualiserats i lagstiftningssammanhang efter 1973 års avgörande, senast 2002. Någon lagstiftning hade dock inte tillkommit och var heller inte att förvänta, men det fanns enligt HD inget som tydde på att det berodde på att lagstiftaren inte ansåg att ordningen som tillkommit efter 1973 års avgörande behövde ändras. Jag undrar vilket stöd HD hade för det påståendet med tanke på att, som Leijonhufvud anförde, det knappast hade vunnit gehör i riksdagen att riva upp tidigare praxis, som i praktiken torde medföra kraftig strafflindring för grova brott. HD:s resonemang grundas på presumtionen att enbart för att lagstiftaren inte ändrat ordningen som tillkom efter 1973 års avgörande betyder det inte att lagstiftaren är nöjd med hur rättsläget ser ut. Eftersom HD dessutom väljer att göra en så pass omfattande förändring inom straffrätten som knappast anses ligga i linje med lagstiftarens vilja och som dessutom innebär ett åsidosättande av ett tidigare prejudikat, går det onekligen att ställa sig frågan: Om inte den typen av mål ska avgöras i plenum, vad är då reglerna till för?

Det centrala i sammanhanget är således inte huruvida HD:s dom i sig var ”bra eller dålig”, utan snarare HD:s ovilja att avgöra målet i plenum samt domstolens attityd till lagstiftaren. Frågan är också vilken vikt som bör läggas vid HD:s uttalande om lagstiftarens underförstådda vilja angående behov av förändringar. Kan det till och med tolkas så, att om lagstiftaren aktualiserat en fråga i lagstiftningssammanhang uppfattar HD det som ett tyst godkännande från lagstiftarens sida för HD att göra stora förändringar?

Detta ställs också på sin spets i Mefedronfallet. Jag ansluter mig till uppfattningen att den tidigare praxis som utvecklats var orimlig och därför i stort behov av förändring. HD:s dom medförde också en ordning, sannolikt mer lik den som lagstiftaren ursprungligen gett uttryck för i förarbetena. Avgörandet är dock problematiskt av flera anledningar som också är nära sammankopplade. Även om domen bättre överensstämmer med lagmotiven hade den knappast vunnit gehör i riksdagen. Munck nämner också att

riksdag och regering inte hade vågat gå lika långt som HD. Detta ska också ses i ljuset av det faktum att det vid tiden för HD:s dom redan fanns en parlamentariskt tillsatt utredning med uppdraget att bl.a. se över påföljderna för narkotikabrott. Eftersom förslagen i denna del överspelades av HD:s dom lades de aldrig fram. Hur lagstiftaren hade resonerat kring ett sådant förslag går det givetvis bara att spekulera kring, men det går nog att konstatera att en sådan drastisk nedsättning av påföljderna svårligen hade accepterats. Det faktum att en utredning hade tillsatts och som dessutom skulle vara färdig cirka ett år efter den tidpunkt då HD tog sig an målet tyder också på att lagstiftaren var medveten om att något behövde göras. Linskogs påstående om att någon förändring av den oacceptabla narkotikapraxisen inte var att förvänta inom en rimlig tidshorisont kan därför ifrågasättas.

Men detta aktualiserar också frågan om HD:s förhållande till lagstiftaren och hur länge HD ska behöva vänta på att lagstiftaren förmår agera mot en orimlig praxis eller lagstiftning. Med tanke på att HD tidigare påtalat vikten av att ta hänsyn till andra faktorer än typ och mängd får det förstås som att HD inte ville vänta längre. Det är förståeligt att HD som högsta instans inte kunde passivt se på när enskilda ådömdes oproportionerligt höga fängelsestraff. Det är dock inte utan problem när HD i domen och inte minst Brogeke i sitt tillägg, för närmast kriminalpolitiska argument om hur straffvärderingen vid narkotikabrott bör vara.

Det är också intressant att domstolen dessutom bygger en stor del av resonemanget på att domstolen endast återställer ordningen till det som lagstiftaren ursprungligen velat, med tanke på hur lagmotiven behandlades i Mangamålet då HD dömde tvärt emot ordalydelsen i förarbetena. Sett i samband med HD:s hänvisning i Rusmålet till lagstiftarens potentiella vilja framstår det nästan som att HD tar hjälp av lagstiftaren och förarbetena när det ligger i linje med domstolens egen uppfattning. Som tidigare påpekats ska betydelsen av de aktuella målen inte underskattas. Jag anser därför att HD:s förhållningssätt till lagstiftaren i dessa fall är problematiskt och till viss del inkonsekvent.

En liknande parallell kan dras till frågan om förhållandet på lagstiftningsområdet vid tiden för ett avgörande i HD. I Mefedronfallet nämner HD överhuvudtaget inte att det pågår en utredning vars uppdrag bl.a. är att se över den praxis som HD är i färd med att ändra. Munck nämner också att frågan skulle tas upp lagstiftningssammanhang i Påföljdsutredningen om den inte överspelats av HD:s dom, men kommenterar inte närmare kring det egna konstaterandet att en parlamentariskt tillsatt utredning delvis blev åsidosatt av HD.²¹³

Linskog framför dock att HD inte har sista ordet, eftersom lagstiftaren har möjlighet att ingripa om HD går för långt i sin prejudikatverksamhet. Munck påpekar också att om ett prejudikat ogillas kan lagstiftaren då gå in

²¹³ Munck deltog förvisso inte i Mefedronfallet men det finns inget som tyder på att han inte skulle stå bakom de andra justitierådens dom.

med ny lagstiftning och på så sätt sätta prejudikatet ur spel, exempelvis genom riktade uttalanden i förarbetena som i fallet med kränkingsersättning till poliser som blivit bespottade i tjänsten. Detta kan dock knappast anses vara ett särskilt effektivt eller ens lämpligt förfarande. För det första tog det i det aktuella exemplet cirka sex år från det första avgörandet till dess att HD sedan ändrade rättsläget med hänvisning till de riktade uttalandena i förarbetena. För det andra var det i det andra avgörandet (NJA 2005 s. 738) enbart nio ledamöter som ville utge skadestånd och därmed följa förarbetena, sex ledamöter var skiljaktiga och ogillade talan med en liknande motivering som HD haft i det första avgörandet (NJA 1999 s. 725).²¹⁴ Det torde därför inte finnas några som helt garantier för att HD:s majoritet skulle följa en sådan anmodan från lagstiftaren även i framtiden.

6.7 Hur påverkas maktdelningen?

Josefsson är kritisk mot Lindsjogs argument och menar att ett sådant förfarande där lagstiftaren i efterhand med lagstiftningsåtgärder korrigerar oönskad praxis strider mot maktdelningen, eftersom den syftar till att lagstiftaren respekterar hur domstolarna dömer. Av detta följer att domstolarna inte ska konkurrera med lagstiftaren om normgivningsmakten. Då riskerar bådas auktoritet att undergrävas eftersom lagstiftaren inte ensam stiftar rätten och domstolarna brister i demokratisk legitimitet. Domstolarna får därför aldrig sätta sig över demokratin.

Som Koskelo understryker kan lagstiftaren visserligen korrigera domstolarnas rättsbildning om de överskridit sina befogenheter. Men om lagstiftaren inte är i stånd att få till en egen lösning blir en maktförskjutning i princip befäst. Koskelo framhåller att legitimiteten äventyras om en domstol tar sig friheten att skapa rätten som den sedan ska tillämpa. För de högsta domstolarna räcker det då inte att bemöta denna problematik med att de tilldelats en prejudikatbildande uppgift. Även Fura betonar att riksdagens roll förminskas när HD tar sig an rollen som lagstiftare och därigenom också är den som initierar förändringar i rättsordningen. Det spelar då ingen roll om HD:s ökade makt beror på att lagstiftaren är passiv och därvid skapar ett maktvakuum eller om HD är för aktivistisk.

Slutligen aktualiseras också frågan om de uppmärksammade rättsfallens förenlighet med lagstiftarens vilja. Wersäll ställer sig i sin kritik av HD:s dom i Mefedronfallet frågan om det ska vara HD:s uppgift att genomdriva förändringar som saknar förutsättningar för att vinna stöd i riksdagen. I avgörandena antingen frikändes eller kraftigt lindrades påföljden för de tilltalade av HD. I Mefedronfallet och Rusmålet gällde det dessutom brottskategorier som lagstiftaren under en tid förespråkade, och även genomfört omfattande lagstiftningsåtgärder i straffskärpande riktning. HD:s

²¹⁴ Munck 2014, s. 198.

avgöranden i de målen torde således gå emot den rådande politiska uppfattningen och ambitionen om skärpta straff för grova brott.

Även om HD givetvis inte kan bortse från lagstiftarens vilja och ambitioner kan HD inte heller förväntas att löpande justera sin dömande verksamhet efter den rådande politiska uppfattningen i riksdagen. För att domstolarna ska framstå som det tredje statsorganet måste HD kunna agera självständigt i förhållande till lagstiftaren. En modern HD kan aldrig acceptera lagstiftning eller praxis som strider mot lag, grundlag, EU-rätten eller allmänna rättsprinciper.

6.8 Avslutande synpunkter

En av HD:s huvuduppgifter är att säkerställa att den politiska makten håller sig inom det konstitutionella ramverket. Men HD måste också respektera lagstiftaren mot bakgrund av den demokratiska legitimitet som denne besitter. Även om domstolarnas makt har ökat och i mycket kan anses nödvändig och efterlängtd menar jag att viss återhållsamhet är befogad.

HD:s normgivning genom prejudikat är en central del i domstolens roll som prejudikatinstans och domstolen måste också tillåtas skapa normer i form av nya regler. Det finns dock ett stort antal frågor som är mindre lämpliga att lösas genom prejudikat. HD:s normbildning har en rad svagheter som inte kan förbigås. HD kan inte heller luta sig tillbaka på påståendet att lagstiftaren kan ingripa om HD:s rättsbildning går för långt. Därtill kommer också maktodelningsdilemmat när en domstol själv skapar en regel som den sedan har att tillämpa.

Utgångspunkten för både lagstiftaren och HD borde vara att lagstiftaren som regel är bättre lämpad att korrigera luckor i rättsordningen med ny lagstiftning. En sådan ordning har också större demokratisk legitimitet vilket givetvis alltid borde vara eftersträvansvärt i en demokrati. Det blir dock problematiskt om lagstiftaren är passiv och inte förmår att agera. Detta leder i sin tur till att domstolarna får gå in i lagstiftarens ställe, vilket i sin tur på sikt riskerar att undergräva den demokratiska legitimiteten.

När det kommer till HD:s uppmärksammade avgöranden är jag egentligen inte kritisk till domsluten i något av uppmärksammade målen. Det är dock lite oroande att HD verkar till synes oberörd av kritiken, inte minst angående risken för bristande demokratisk legitimitet. Även om HD inte alltid kan ta hänsyn till vad riksdagens majoritet anser, går det också att ifrågasätta nyttan för domstolen att genom praxis skapa en regel med vetskapen att lagstiftaren sedan kommer att göra allt i sin makt för att upphäva.

Wersälls kritik kan således sägas vara delvis befogad. HD har blivit mer offensiv och mindre benägen att invänta och överlämna spörsmål till lagstiftaren. I den meningen har HD blivit mer aktivistisk. Det finns dock

inget som tyder på att aktivismen varit otillåten, att HD gått utanför sin konstitutionella behörighet.

Även om judikaliseringen kan ses som en orsak till HD:s ökade aktivism, är det framförallt lagstiftarens passivitet som skapat ett maktvakuum som domstolarna måste fylla. Det är därför naturligt och även nödvändigt att HD flyttar fram sina positioner, inte minst på det straffrättsliga området där de mänskliga rättigheterna står i centrum, varvid det måste råda låg tolerans för oklarheter och ”dålig” lagstiftning. HD bör dock hörsamma kritiken och iakttä en viss försiktighet i sin normbildning. Utgångspunkten måste vara att det är lagstiftaren primärt som ansvarar för normgivningsmakten. Domstolen bör således sträva efter att beakta rättsutvecklingen snarare än att leda den. Men detta bygger också på att lagstiftare tar sitt ansvar eftersom HD till skillnad från lagstiftaren inte kan förhålla sig passiv.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1970:24 *Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till ändring i regeringsformen.*

Prop. 1971:45 *Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om ändring i rättegångsbalken, m.m.*

Prop. 1973:90 *Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m.*

Prop. 1978/79:195 Om förstärkt skydd för fri- och rättigheter m.m.

Prop. 1980/81:76 Om interneringspåföljdens avskaffande och straffet för grovt narkotikabrott m.m.

Prop. 1988/89:78 *Om högsta domstolen och rättsbildningen.*

Prop. 1997/98:43 Tryckfrihetsförordningens och yttrandefrihetsgrundlagens tillämpningsområden – barnpornografifrågan m.m.

Prop. 2000/01:68 Ersättning för ideell skada.

Prop. 2000/01:85 Förberedelse till brott m.m.

Prop. 2009/10:147 Skärpta straff för allvarliga våldsbrott.

Prop. 2013/14:194 Skärpt straff för mord.

Statens offentliga utredningar

SOU 1938:44 Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk.

SOU 1963:17 Sveriges statsskick.

SOU 1986:1 Högsta domstolen och rättsbildningen.

SOU 1994:99 Domaren i Sverige inför framtiden.

SOU 1999:58 Löser juridiken demokratins problem?

SOU 1999:76 Maktdelning.

SOU 2000:1 Demokratiutredningen.

SOU 2007:85 Olika former av normkontroll.

SOU 2008:125 Normkontrollen i framtiden.

SOU 2012:34 Nya påföljder.

Kommittédirektiv

Kommittédirektiv 1987:2 Regeringskansliet under de senaste 150 åren.

Kommittédirektiv 2009:60 En översyn av påföljdssystemet.

Yttranden från lagutskottet

1 LU 1947:1.

Litteratur

Bengtsson, Bertil, Domare och lagstiftare i samverkan och konflikt, *Festskrift till Stig Strömholm*, Del I, Iustus förlag, Uppsala 1997.
[Bengtsson 1997]

Conradi, Erland, Skapande dömande, *Festskrift till Bertil Bengtsson*, Nerenius & Santéus förlag, Stockholm 1993.
[Conradi 1993]

Eka, Anders, *Domstolarna i samhället*, ur Svea hovrätt 2014, Norstedts juridik, Stockholm 2014.
[Eka 2014]

Ekelöf, Per Olof och Edelstam, Henrik, *Rättsmedlen*, tolfte upplagan, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2008.
[Ekelöf och Edelstam 2008]

Gregow, Torkel, Några synpunkter på frågan om prejudikats bindande verkan, *Festskrift till Gösta Walin*, Norstedts juridik, Stockholm 2002.
[Gregow 2002]

Häthén, Christian, *Stat och straff*, Studentlitteratur, Lund 2004.
[Häthen 2004]

Modéer, Kjell Å, *Svea hovrätt som traditionsbevarare och reformkritiker – Några rätthistoriska nedslag 1614–1948*, ur Svea hovrätt 2014, Norstedts juridik, Stockholm 2014.

[Modéer 2014]

Munck, Johan, *Högsta domstolen som normbildare*, ur Svea hovrätt 400 år, Norstedts juridik, Stockholm 2014.

[Munck 2014]

Peczenik, Alexander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Norstedts juridik, Stockholm 1995.

[Peczenik 1995]

Schmidt, Folke, *Domaren som lagtolkare*, Festskrift tillägnad Nils Herlitz, Kungl. Boktryckeriet P.A. Norstedt & Söner, Stockholm 1955.

[Schmidt 1955]

Strömberg, Håkan, Lundell Bengt, *Sveriges författning*, 21:a [rev.] upplagan, Studentlitteratur, Lund 2011.

[Strömberg & Lundell 2011]

Wedberg, Birger, *Konungens högsta domstol 1789–1809*, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1922.

[Wedberg 1922]

Wedberg, Birger, *Konungens högsta domstol 1809–1844*, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1940.

[Wedberg 1940]

Welamson, Lars & Munck, Johan, *Rättegång VI – Processen i hovrätt och högsta domstolen*, fjärde [rev.] upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 2011.

[Welamson och Munck 2011]

Westberg, Peter, *Civilrättskipning*, andra upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 2013.

[Westberg 2013]

Artiklar

Abrahamsson, Olle, *Svea hovrätt 400 år – en framåtslyftande jubileumsskrift*. SvJT 2014 s. 109.

[Abrahamsson 2014]

Asp, Petter, *Högsta domstolen revolutionerar narkotikabrotten*, SvJT 2011 s. 659.

[Asp 2011]

Axberger, Hans-Gunnar, *Mangamålet*, JT 2012/13 s. 893.
[Axberger 2012/13]

Beyer, Claes, *Rättsbildning och i lagstiftning och rättspraxis*, JT 1996–97 s. 584–592.
[Beyer 1996-97]

Björne, Lars, *Banbrytande, tekniker, iakttagare – den nordiska rättsvetenskapsmannens roller*, SvJT 2002 s. 235.
[Björne 2002]

Borgeke, Martin, *Påföljdsbestämning i narkotikamål*, SvJT 2013 s. 1.
[Borgeke 2013]

Calissendorf, Kerstin, Lambertz, Göran, Lindskog, Stefan, *Tillägg till Högsta domstolens avgöranden, samt något om skiljaktigheter*, SvJT 2012 s. 313.
[Calissendorf m.fl. 2012]

Fura, Elisabet, *En offensiv Högsta domstol – en kommentar*, SvJT 2014 s. 101
[Fura 2014]

Fura-Sandström, Elisabeth, *Rättsbildning i en ny miljö – hur har domstolarnas roll och betydelse förändrats?* SvJT 2004 s. 263.
[Fura-Sandström 2004]

Gregow, Torkel, *Några synpunkter på mål och ärenden i Högsta domstolen*, SvJT 1997 s. 805.
[Gregow 1997]

Höglund, Olof, *Högsta domstolen – en jubilar i utveckling*, SvJT 1989 s. 178.
[Höglund 1989]

Josefsson, Carl, *Domstolarna och demokratin*, SvJT 2015 s. 40.
[Josefsson 2014]

Kleineman, Jan, *Från prejudikatinstans till lagstiftare? Högsta domstolens ökande aktivism*, Juridisk Tidsskrift 25 år. JT 2014/15 s. 495.
[Kleineman 2014/15]

Kmiec, Keenan D, *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*, California Law Review, Volume 92, Issue 5, Article 4, October 2004.
[Kmiec 2004]

Koskelo, Pauliine, *Rättsvård i ett multipolart system – Samspel, spänningar och utmaningar*, JFT 4/2012, s. 298–314.
[Koskelo 2012]

- Koskelo, Pauliine, *Domare, lagstiftare och professorer* SvJT 2014 s. 619.
[Koskelo 2014]
- Leijonhufvud, Madelene, *En diskussion om den s.k. rusdomen NJA 2011 s. 563*, ur SvJT 2012 s. 337.
[Leijonhufvud 2012]
- Lind, Johan, *Rättsfallsanalyser – recension eller analys?* JT 1995/96 s. 232 ff.
[Lind 1995/96]
- Lindskog, Stefan, *Dag och jag och Högsta domstolen*, SvJT 2015 s. 415.
[Lindskog 2015]
- Mattson, Dag, *Domarnas makt – domarrollen i ett nytt rättsligt landskap*, SvJT 2014 s. 587.
[Mattson 2014]
- Nergelius, Joakim, *Domstolar och demokrati – Är det dags för maktodelning?* SvJT 2000 s. 547.
[Nergelius 2000]
- Peczenik, Alexander, *Rättsordningen struktur*, SvJT 1974 s. 369.
[Peczenik 1974]
- Petrén, Gustaf, *Högsta domstolens ställning*, SvJT 1990 s. 633.
[Petrén 1990]
- Regner, Göran, *Högsta domstolens återinvigning*, SvJT 2004 s. 911.
[Regner 2004]
- Rönström, Emma, *Forskardebatten kring 1809 års regeringsform – Till frågan om grundlagens härkomst*, Statsvetenskaplig Tidskrift 1997, årg. 100 nr 4 s. 448.
[Rönström 1997]
- Sandgren, Claes, *Om empiri och rättsvetenskap*, del I, JT 1995/96 nr 3, s. 726.
[Sandgren 1995/96]
- Scheiman, Sebastian, SvJT 2015 s. 759, *Prejudikats tidsmässiga tillämplighet*.
[Sheiman 2015]
- Strömholm, Stig, *Vid foten av en areopag. Högsta domstolen 200 år*, SvJT 1989 s. 165.
[Strömholm 1989]

Wersäll, Fredrik, *En offensiv högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning* SvJT 2014 s. 1.
[Wersäll 2014]

Wiklund, Ola, *Om högsta domstolens rättskipande verksamhet – löper domstolarna amok?*, SvJT 2014 s. 335.
[Wiklund 2014]

Elektroniska källor

Högsta domstolens historia, HD:s webbplats, hämtad den 16 okt 2015 från:
<http://www.hogstodomstolen.se/Mer-om-Hogsta-domstolen/Historia/>

Fitger, Peter, Sörbom, Monika, Eriksson, Tobias, Hall, Per, Palmquist, Ragnar, Renfors, Cecilia, *Rättegångsbalken – En kommentar*, Zeteo oktober 2015.

Övriga källor

Ekots lördagsintervju i P1 22 november 2015, Stefan Lindskog, är Högsta Domstolen aktivistisk?

Rättsfallsförteckning

Nytt Juridisk Arkiv

NJA 1973 s. 590.

NJA 1980 s. 224.

NJA 1985 s. 281.

NJA 1988 s. 586.

NJA 1994 s. 194.

NJA 1996 s. 370.

NJA 1997 s. 660.

NJA 1999 s. 725.

NJA 2000 s. 132.

NJA 2002 s. 449.

NJA 2003 s. 508.

NJA 2004 s. 176.

NJA 2004 s. 354.

NJA 2005 s. 738.

NJA 2008 s. 653.

NJA 2008 s. 684.

NJA 2011 s. 357.

NJA 2011 s. 563.

NJA 2011 s. 611.

NJA 2011 s. 675 I–II.

NJA 2011 s. 799.

NJA 2012 s. 115.

NJA 2012 s. 144.

NJA 2012 s. 400.

NJA 2012 s. 510.

NJA 2012 s. 528.

NJA 2012 s. 535.

Beslut från HD

HD:s beslut i Ö 3071-11.

Regeringsrättens Årsbok

RÅ 1994 ref. 31.

RÅ 1997 ref. 18.

Rättsfall från hovrätterna

Svea hovrätts dom i B 6389-10.

Svea hovrätts dom i B 277-10.

Justitieombudsmannen

JO 1947 s. 113.