

De lege

JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

ÅRSBOK 2013

Redaktör för skriftserien
Mattias Dahlberg

Doktrinen i praxis

Redaktör

Eric Bylander

IUSTUS FÖRLAG

Torbjörn Ingvarsson

Tillägg för egen del

Doktrin i ”fel” publiceringsforum?

1 Inledning

Högsta domstolens sätt att utforma sina domar befinner sig i långsam, men konstant förändring. Medan det oftast är helt nödvändigt att läsa underinstansernas domar i ett avgörande från 1910-talet, så har Högsta domstolen, särskilt under senare år, gradvis utvecklat ett skrivsätt som gör att det många gånger är tillräckligt att läsa de domskäl Högsta domstolen själv anger för domslutet.

Traditionen bjuder att domskäl avfattas kort och koncist och att överflödiga yttranden skall undvikas.¹ Både en majoritets motivering till domslutet och därifrån avvikande skiljaktiga meningar har tydliga funktioner. Majoritetens skäl ger ledning för kommande avgöranden och de skiljaktiga meningarna ger djup åt majoritetens domskäl. Inte sällan står de som spegelbilder, som på det sättet belyser den tillämpade rättsregeln ur två eller flera perspektiv.

Tillägg för egen del verkar inte passa in i denna strikta syn på hur domskäl bör utformas. De går ofta långt utanför vad domslutet kräver och det är därför inte heller alldeles klart vilken funktion de har eller vilket värde de bör tillmätas. Tilläggen står liksom plötsliga monologer i en pjäs som annars fyllts av dialog. Dessa plötsliga monologer kanske berättar något som för handlingen framåt, men de kan lika gärna bara vara en personlig

¹ Se *Bengtsson* Om Högsta domstolens nya skrivsätt, JT 2012-13 s. 743–753, som på s. 744 uttalar: ”Över huvud taget framstod förmågan till ett kort och koncist resonemang [före 1990-talet] som kännetecknen för en skicklig jurist; vid juristundervisningen anfördes HD:s sätt att resonera som ett mönster. Varje ord antogs vara valt med omsorg.” Se även *Knutsson* Om rättsfallsreferat Fs Gregow, Stockholm 2010 s. 169–182, som på s. 175–176 beskriver de senaste årtiondenas förändrade skrivsätt.

reflektion i stunden. När vi träffar på ett tillägg, måste vi därför fråga oss vilket värde det har för den framtida rättsutvecklingen och vilken funktion det har i den sak där det gjorts.

2 Oreglerad, svensk och ovanlig

Högsta domstolen har ganska stor frihet att utforma sina domskäl.² Håller man sig till tvistemål, så ger rättegångsbalken bara några få formella anvisningar. Av 17 kap. 7 § RB framgår inte stort mer än att skäl för domen skall anges, men inget om hur skälen skall vara utformade. Skiljaktiga meningar skall enligt 17 kap. 9 § 6 st. RB meddelas parterna i samband med domen och enligt 6 kap. 2 § 2 st. RB skall skiljaktiga meningar framgå av målregister eller av akten.

Några regler om när tillägg får eller bör göras finns inte i RB. Inget sägs heller om tilläggens form. Tilläggen registreras inte särskilt, vilket gör det svårt att leta upp dem. Vanligtvis hör den som gör ett tillägg till domstolens majoritet, men det finns flera exempel från praxis där en skiljaktig gör tillägg där skälen till skiljaktigheten utvecklas ytterligare i ett särskilt yttrande. Utöver skiljaktiga meningar och tillägg för egen del, har några justitieråd även låtit offentliggöra egna promemorior som därefter publicerats som en del av domsreferatet. Ett exempel är justitierådet Alexandersons upprättade promemoria i NJA 1933 s. 25, vilken trycktes tillsammans med domen som ett slags förklaring till domslutet.³ Domen i målet var enhällig och själva skälen anknyter inte uttryckligen till Alexandersons promemoria. Man kunde kanske kalla även detta för en form av ”tillägg för egen del”, eftersom promemorian inte utgör en del av domskälen, utan är en framåtriktad utredning som går utanför fallet.

Jämför man med våra grannländer, så är domskrivningstraditionerna tämligen olika. Domar från *norska* Høyesterett ger intrycket av ett personligt tilltal genom att förstevoterande lägger fram sin uppfattning och övriga ledamöter därefter ansluter sig till den uttryckta uppfattningen eller förkastar den. Med frasen ”Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig

² *Gregow* Några synpunkter på frågan om prejudikats bindande verkan, Fs Walin Stockholm 2002 s. 105–124, s. 120.

³ Det publicerades till och med ett ytterligare förklarande tillägg till promemorian. Professorn och rättshistorikern *Holmbäck*, kanske mest känd för att tillsammans med Wessén, som var filolog och professor i nordiska språk, ha givit ut Sveriges landskapslagar på nusvenska, hade skrivit till Alexanderson för att få ytterligare en detalj i promemorian belyst och svaret publicerades med Alexandersons tillåtelse i SvJT 1937 s. 529–531.

med førstvoterende” markerar därefter voterande ledamot sitt gillande och övriga ledamöter svarar bara ”Likeså”. Skulle det finnas oenighet, får den skiljaktiga lägga fram sin mening och ledamöterna ansluter sig till något av de vota som framlagts. Formen ger alltså utrymme för personligt tilltal, men tillägg för egen del av det slag som finns i domar från svenska Högsta domstolen förekommer inte. Domar från *danska* Højesteret är ofta mycket återhållet formulerade och det krävs därför normalt att man läser underinstansens, vanligtvis landsrettens, dom ingående för att helt förstå Højesterets domskäl. Denna återhållna stil ger inget utrymme för tillägg för egen del, men givetvis förekommer skiljaktiga meningar. Något som kanske bör anmärkas, är att avgöranden från danska Højesteret kommenteras kort av domstolens egna ledamöter i Ugeskrift for Retsvæsen, något som kanske inte vore otänkbart i Sverige, men traditionellt ansetts mindre lämpligt.⁴ Den danska domaren är dock lika lite som den svenska tillåten att röja vad som sades under överläggningar och kan alltså inte använda dessa publicerade kommentarer till att undanröja tvetydigheter eller oklarheter i domen.⁵ Ett justitieråd i *finska* Högsta domstolen står alltid fri att uttrycka en skiljaktig mening och i detta syfte avge ett eget yttrande. Justitieråden har därutöver möjligheten att ”byta ut” någon del av domstexten mot en egen text.⁶ Rena tillägg för egen del, så som de förekommer i svenska avgöranden, vore därmed inte otänkbara, men i praktiken torde de emellertid inte förekomma.⁷

⁴ Se *Munck* Får Gertrud Lennander kommentera rättsfall i vilka hon själv medverkat som domare?, *Fs Lennander* Stockholm 2010 s. 239–243. Jfr *Hedfeldts* mer positiva inställning till möjligheten SvJT 1976 s. 494.

⁵ Se *Zable* Afgørelser og videnskab eller om at forske i retten og at dømme i retten, *At forske ret: Essays om juridisk forskningspraksis* Köpenhamn 2007 s. 143–178, s. 148: ”Den dommer, der skriver videnskabelig artikel, kan ikke gøre brug af sin interne viden – er en dom tvetydig, kan tvetydigheden ikke fjernes ved, at forskeren som dommer efterser voteringsprotokollen.” I fotnot 9 förklarar *Zable* vidare, att heller inte muntliga uppgifter som lämnats av den som sett voteringsprotokollet eller var med vid överläggningarna får användas och han skriver vidare: ”Men den oplysningen kan jeg ikke bruge til at ændre i min *Dansk forfatningsret* [...], hvor dommen [U 1980.896 H] omtales som tvetydig. Dommen er fortsat tvetydig, selvom dommerne under voteringen kan have givet udtryk for en entydig opfattelse [...]”

⁶ Som exempel kan ett avgörande som avfattats på svenska språket anföras, nämligen HD 2008:114. Justitierådet Lehtimaja byter ut två punkter i domskälen och ersätter dem med egna skrivningar, men är i övrigt enig med domstolens majoritet.

⁷ Tack till professor Johan Bärlund vid Juridiska fakulteten i Helsingfors för uppgifter och exempel från finsk rätt.

Tillägg för egen del är ingen särskilt ny företeelse i svensk domstol. Redan i den allra första årgången av Nytt Juridiskt Arkiv finns i NJA 1874 s. 267 ett tillägg där justitierådet Södergren ”till närmare utveckling af sin åsigt” anför vissa synpunkter på en växelrättslig fråga. I de allra flesta årgångar av rättsfallsreferat från Högsta domstolen, finns det domar där enskilda justitieråd uttrycker sin uppfattning som tillägg för egen del. I vissa årgångar är tilläggen få, i andra flera. Intrycket man får när man bläddrar igenom årgångarna av rättsfallsreferat, är att antalet tillägg är mer beroende av vilka av Högsta domstolens ledamöter som deltagit än själva sakfrågan. Vissa justitieråd gör gärna tillägg, medan andra i princip aldrig gör det.

Antalet tillägg har ökat sett över tiden. Gör man en enkel jämförelse mellan början av förra seklet och inledningen av detta, så kan man under 1910-talet räkna 39 tillägg för egen del. Detta kan jämföras med perioden 2000–2009, då 53 tillägg gjordes. För att göra jämförelsen något mer rättvisande, bör man även beakta att antalet referat för 1910-talet var 2189, notiserna oräknade, och under jämförelseperioden 1071.⁸ Uttryckt som andel av totala antalet referat, är skillnaden markant: Under den första perioden görs tillägg i strax under 1,8 procent av målen jämfört med 5 procent under den senare. Man kan konstatera, att även om andelen mål där det görs tillägg är större idag än för hundra år sedan, så är ändå andelen totalt sett liten.

3 Att kika in bakom hemlighetens förhänge

De tillägg som ledamöterna i Högsta domstolen gör utöver vad som är helt nödvändigt för domen, har sin speciella lockelse. För dem som inte varit med vid överläggningarna, kan tilläggen för egen del framstå som glimtar av diskussioner som annars hålls inom den slutna kretsen ledamöter av Högsta domstolen. Ett av de justitieråd som oftare än många andra gjorde tillägg var Alexanderson. Vid firandet av hans 70-årsdag uppmärksammades bland annat hans tillägg till Högsta domstolens domar på följande sätt:

Han steg in bakom hemlighetens och anonymitetens förhängen. Om hans verksamhet där kunna endast hans kolleger berätta, och de äro bundna av förbudet att uppenbara rättens rådslag. Allmänheten får reda på vad som

⁸ Uppgifterna för 2000–2009 är huvudsakligen hämtade från *Victor* Justitierådet Torgny Håstads verksamhet i Högsta domstolen, Fs Håstad Uppsala 2010 s. 727–743. Uppgifterna för 1910-talet har jag fått fram genom att själv gå igenom årgångarna ifråga.

förekommit genom att läsa Nytt Juridiskt Arkiv och får bilda sig en uppfattning om domarpersonligheterna på grund av dess referat. Då motiveringen av högsta domstolens domar i regel är knapp, ger ej heller detta material mycket. Någon enstaka gång bifogas som bekant en utförligare redogörelse för något justitieråds mening, och dessa redogörelser mottas av alla jurister med den största glädje. Nils Alexanderson har onekligen oftare än andra spritt denna glädje.⁹

Även om tonen i festskrifter har sina egna förutsättningar,¹⁰ kan man inte ta miste på uppskattningen. Vore det inte för dessa glimtar vi får genom de tillägg som vissa av justitieråden då och då gör, skulle vi vara hänvisade till de torra, sakliga referaten.¹¹

Nyfikenheten att få reda på vad som egentligen sker under överläggningarna inför att målet skall avgöras, gör det frestande att också försöka finna rationella anledningar till att tillägget gjordes utöver dem som kan utläsas ur referatet i Nytt Juridiskt Arkiv. Det är förmodligen oundvikligt, att man som utomstående ibland ställer sig frågan varför ett justitieråd gjort ett tillägg för egen del i just det mål man precis läst. Olika möjligheter att förklara erbjuder sig och det är knappast så, att en förklaring täcker alla fall. Man kunde givetvis analysera tilläggen med utgångspunkt i uppgifter om personens bakgrund, tidigare uppdrag och intressesfär, så långt nu dessa låter sig fastslås av en utomstående, och utifrån dessa faktorer finna förklaringar. Så skulle exempelvis justitierådet Lennanders tillägg i NJA 2000 s. 685, som rörde möjligheten att separera vissa betalningar som gjorts inför en konkurs eller om de var möjliga att återvinna till konkursboet, kunna förklaras med hennes expertis i frågan.¹² I andra fall är den möjliga orsaken till att ett tillägg skrivs av ett visst justitieråd inte lika omedelbart uppenbar. I NJA 1989 s. 224 gjorde justitierådet Lind ett tillägg, och fastän målet gällde *condictio indebiti*, så hade rättstvisten

⁹ Engströmer Nils Alexanderson 70 år, SvJT 1945 s. 320–324, s. 323.

¹⁰ Man kanske inte behöver gå så långt som *Strindberg* i sitt brutala utrop i *Det nya riket*, *Samlade verk* s. 89: "Förbannelse över festtalet och den offentliga lögnen!", men nog kan det finnas anledning att inte helt ta för gott vad som uttrycks i festskrifter och nekrologer.

¹¹ Liknelsen som antyds, om ett prästerskap som bakom ett förhänge utför riter som inte får beskådas av folket, ekar av den gamla sentensen att juristerna är rättvisans prästerskap. Se *Corpus Iuris Civilis D. 1.1.1 Ulp. lib. pr inst.*: "Cuius merito quis nos sacerdotum appellet."

¹² Lennander har som bekant skrivit den ledande framställningen om återvinning i konkurs. Boken *Återvinning* utkom i en första utgåva 1984 och 2013 utkom fjärde upplagan av framställningen.

om återkravet sin grund i ett avtal om en småhusentreprenad. Vill man, kunde man söka förklaringen till att just Lind skrev ett tillägg i att han tidigare varit ordförande i utredningen om småhusentreprenad och det kan kanske tänkas att detta utgjort anledningen till att tillägget skrevs.¹³ Huruvida detta verkligen var orsaken till att tillägget gjordes, lär de flesta av oss utomstående aldrig få veta.

Ett tydligt och någotsånär generellt samband mellan justitierådens bakgrund och benägenheten att göra tillägg för egen del kan dock framhållas. Efter att ha undersökt många årgångar med referat i Nytt Juridiskt Arkiv, står det klart att ett justitieråd som var professor då han eller hon blev ledamot av Högsta domstolen gör tillägg betydligt oftare än justitieråd i allmänhet. Det föreligger alltså ett samband i den meningen. Men det finns också justitieråd utan sådan bakgrund som ofta gjort tillägg för egen del. Justitieråd med bakgrund i akademien kommer alltså med större sannolikhet att göra tillägg, men den tidigare yrkesbakgrunden ger inte hela förklaringen till benägenheten att göra tillägg för egen del. Justitieråd med bakgrund i akademien verkar dock ta med sig ett förhållningssätt som gör det mer närliggande att göra tillägg för egen del. Längre än så verkar dock inte materialet ge stöd för generella samband mellan justitierådens bakgrund och viljan att göra tillägg.

Konstateranden om expertis, personligt intresse för en fråga, tidigare uppdrag eller bakgrund har säkert sitt värde. För egen del är jag dock inte benägen att söka stöd i sådana yttre fakta för att förklara varför tillägg för egen del skrivs. Den enklaste förklaringen är ofta den bästa och på ett övergripande plan ligger nog inte anledningen djupare än att vart och ett av de justitieråd som beslutat sig för att göra ett tillägg gjort det av samma skäl: Man skriver för att bli läst. Svårare än så är det inte. Högsta domstolens ledamöter är givetvis medvetna om att tilläggen publiceras och därmed blir tillgängliga och förhoppningsvis lästa. Den formella ramen – ett avgörande från landets högsta dömande instans – förefaller ge tilläggen en viss tyngd och möjligen en uppmärksamhet liknande uttalanden nog annars inte skulle ha fått.¹⁴ Vill man, så kan man förmodligen alltid finna

¹³ Se personalnotisen om utnämningen av Lind till justitieråd i SvJT 1984 s. 594.

¹⁴ Jfr *Knutsson* som i *Om rättsfallsreferat*, Fs Gregow Stockholm 2010 s. 169–182, på s. 177 skriver att uttalanden obiter dicta ”visserligen inte har annan auktoritet än den som ligger i deras sakliga tyngd och *prestigen hos den instans som har gjort dem*”. (Min betoning.) Knutsson uttalar på samma ställe vidare om tillägg för egen del, att ”[m]an får lita till att de i vederbörlig mån uppmärksammas i rättsfallskommentarer och annan juridisk litteratur”.

personliga skäl hos det enskilda justitierådet som gör att just han eller hon gjort ett tillägg, men att i efterhand belägga dem är förmodligen ofta omöjligt för en utomstående. Sökandet efter skälen till att tillägget gjordes gör ju inte texten *i sak* vare sig bättre eller sämre. Med dessa konstateranden om varför ett visst justitieråd gjort ett tillägg för egen del i mål lämnas dessa möjliga förklaringar åt sidan.

4 Tillägg för egen del och rättskälleläran

Ett sätt att närma sig frågan vilken betydelse man bör tillmäta tillägg för egen del, är att finna tilläggens plats i rättskälleläran. Även om det inte finns någon fullständig enighet om vad som är en rättskälla, förefaller alla vara eniga om att lag, förarbeten och avgöranden från de högsta dömande instanserna är rättskällor. Därefter upphör enigheten. Ofta försvaras avgränsningen med att bara lag, förarbeten och praxis från de högsta dömande instanserna skulle vara bindande för andra rättstillämpare och att annat material möjligen kan användas för att stödja resonemang. Denna formalistiska förståelse av begreppet rättskälla skulle emellertid dels förutsätta att lagar inte kunde upphöra att vara bindande utan att de formellt upphävs, dels att praxis blir bindande på ett sätt som är svårt att tänka sig utanför det konkreta avgörande som tvisten gällde.¹⁵ Därmed är inte sagt, att man behöver röra sig över i den andra ytterpunkten, där allt som stödjer resonemanget i en dom skulle vara en rättskälla.¹⁶ En mer försiktig, och förmodligen mer accepterad, utsträckning av vad som räknas som rättskällor vore att även ta med rättsvetenskapen.¹⁷ För de flesta är nog uppräknningen

¹⁵ Se *Gregow* Några synpunkter på frågan om prejudikats bindande verkan s. 105–124, Fs Walin Stockholm 2002, som på s. 122 sammanfattar rättsläget så, att det visserligen inte finns någon formell prejudikatbundenhet, men att avvikelser utan rimliga skäl kan grunda rätt till skadestånd från staten. Jfr angående den senare frågan NJA 1994 s. 194. Uppfattningen att rättspraxis inte är formellt bindande, men bör följas så långt möjligt, kommer även till uttryck i andra rättsordningar. Så skriver exempelvis *Bydlinski* i *Richterrecht über Richterrecht* i 50 Jahre Bundesgerichtshof Bd I, München 2000 s. 3–56, på s. 20 f. om praxis bindande verkan, att eftersom domarna inte har karaktär av lagstiftning, så föreligger det i och för sig inget egentligt formellt hinder att avvika från tidigare praxis. Kraven på förutsägbarhet, rättssäkerhet och kontinuitet i rättsordningen gör emellertid att avvikelser från tidigare praxis endast bör ske om det finns en samstämmig uppfattning att en ändring bör göras eller att samhällsförhållandena har ändrats så att tidigare praxis framstår som illa anpassad till dagens krav.

¹⁶ Jfr *Zable* *At forske ret* s. 167.

¹⁷ Utan att utveckla det ytterligare, förefaller mig gränsen lämpligen böra dras vid såda-

lag, förarbeten, praxis och doktrin föga kontroversiell som en beskrivning av vilka rättskällor som bör beaktas och för andra tillräckligt nära för att kunna accepteras som ett funktionellt provisorium.

Oenigheten om vad som är en rättskälla hänger nog ofta samman med vilken syn en person har på frågan om hur rättsbildning sker.¹⁸ Rättskällebegreppet förefaller nästan variera från rättsområde till rättsområde. För civilrättens del är det till exempel inget märkligt med att praxis och doktrin har stor betydelse, medan det på områden som rör förhållandet mellan stat och individ ofta finns ett tydligare rättssäkerhetsperspektiv, som gör att domar i högre utsträckning bara bör vara konkretiseringar av lagen själv i ett enskilt fall. Om förhållandet mellan rättspraxis och lagstiftning anför justitierådet Lindskog, karaktäristiskt nog i ett tillägg för egen del, följande:

Den mer medvetna rättsbildningen från de högsta domstolarna har också visat sig på det sättet, att det har skett en viss förskjutning från rättsbildning genom lagstiftning till rättsbildning genom prejudikat. Det har bl.a. att göra med att lagstiftaren av olika skäl på vissa områden har förhållit sig passiv (se från det straffrättsliga området t.ex. prop. 2000/01:85 s. 13 beträffande hanteringen av förslaget om lagregleringen av uppsåtsbegreppet). Det har talats om 'maktflykt' (se Pauliine Koskelo i Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland, 2012, s. 312). Förutsatt att rättsläget inte är 'låst' genom lag är det inte bara naturligt, utan det är många gånger nödvändigt att de högsta domstolarna tar ansvar för rättsbildningen, när de anpassningar eller förändringar i rättsläget som omständigheterna påkallar inte möts med lagstiftning (jfr HD:s uttalande i NJA 2011 s. 563 p. 18). Eftersom lagstiftaren kan ingripa om de högsta domstolarna går för långt i sin prejudikatverksamhet (jfr mitt inlägg i Det 39:e Nordiska Juristmötet, 2011, Del II, s. 812), kan en sådan rättsbildning redan av det skälet inte anses stå i strid mot de grundläggande maktfördelningsprinciper som bör gälla i en demokrati.¹⁹

na källor som är normativa och vad som är normerande förändras med tiden. En obsolet lag är inte normerande längre, medan en text, fastän publicerad i en veckotidning som huvudsakligen innehåller material utan anknytning till rättsliga frågor, mycket väl kunde tänkas innehålla normativa påståenden som bör beaktas.

¹⁸ Se *Björne* Den nordiska rättsvetenskapens historia Bd IV Realism och skandinavisk realism, Stockholm 2007, s. 391, som på s. 423 sammanfattar på följande sätt: "Av alla här refererade åsikter om rättskällevärdens natur, de olika rättskällorna och deras inbördes vikt finns inte en enda framställning, som skulle ha krävt ett avvikande beteende av domaren, man frestas säga, som skulle ha haft 'praktisk' betydelse."

¹⁹ NJA 2012 s. 535, referatet s. 553.

Utgår man från att frånvaro av lagstiftning är en form av maktflykt, är den givna slutsatsen att Högsta domstolen tillskansar sig den i någon mening herrelösa makten över rättsbildningen genom att ingripa på detta sätt och skapar nya regler utan stöd i existerande lag. Det citerade beskriver därmed en viktig maktbalans, men det ger även uttryck för en arbetsfördelning. Man skulle, mycket förenklat, kunna uttrycka det så, att om lagstiftaren inte fyller de luckor som ibland uppstår i rättsordningen, så kommer de att fyllas med andra rättskällor än lag.

Behovet för denna form av ”kreativt dömande” blir givetvis olika stort beroende på hur lagstiftning och annan normbildning ser ut. Underliggande idéer om hur rättssäkerhet skall uppnås och i vilken mån förutsebarhet är eftersträvarvärd är också av betydelse för hur stort utrymmet är för oväntade avgöranden. Samhällsförändringar i form av teknikutveckling, ändrade ekonomiska förutsättningar och förändringar i synen på samhällets grundvärden kan ge upphov till högst reella problem som domstolarna ställs inför och måste lösa.²⁰ Vart avgörande innebär, åtminstone potentiellt, ett nyskapande, men det är inte dessa fall som får läsaren att reagera på att där står något nytt. Fallen som läggs på rad, där skillnaden mellan det första och det sista är stor, framstår ändå inte som radikala om förändringarna skett i små steg. Det är när det är svårt att peka på stöd i rättskällorna för den lösning Högsta domstolen valt och det av sakomständigheterna i fallet funnits ett reellt behov att skapa en ny regel, som det blir verkligt meningsfullt att tala om ett kreativt element i dömandet.²¹

I diskussioner av fall, där stödet i tidigare rättskällor för utgången är svagt, används ofta metaforen att det förelegat ”en lucka i lagen”, som Högsta domstolen nu fyllt på ett visst sätt. Det bör då påpekas, att den

²⁰ Se *Mohnhaupt* Rechtseinheit durch Rechtsprechung? Zu Theorie und Praxis gerichtlicher Regelbildung im 19. Jahrhundert in Deutschland, 117–143, s. 128: ”Die Diskussion in Theorie und Praxis über diesen Begründungszusammenhang zwischen Rechtsquelle und Rechtseinheit ist jedoch vorbestimmt durch die praktischen Ordnungsaufgaben und gesellschaftlichen – namentlich wirtschaftlichen – Regelungsbedürfnisse. Sie entstehen nicht nur dort, wo erstens das Gesetz fehlt, zweitens das Gesetz Lücken aufweist, drittens das Gesetz wegen unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln ausfüllungs- und konkretisierungsbedürftig ist, sondern viertens auch dort, wo ein Gesetz besteht, aber wegen des raschen Wandels von Gesellschaft, Technik, Ökonomie, politischer Systeme und Wertvorstellungen die neue Realität nicht mehr zu erfassen und zu beherrschen vermag.” Jfr *Conradi* Skapande dömande Fs Bengtsson, Stockholm 1993 s. 73–87, s. 84 och *Bydlinski* Richterrecht über Richterrecht s. 21.

²¹ Se *Kleineman* Den avbrutna kraftledningen och behovet av en rättsregel (kommentar till NJA 1966 s. 210) i Rättsfall att minnas, Stockholm 1997 s. 167–177, s. 173.

omständigheten att lagen inte innehåller ett direkt svar på om en rättsföljd skall inträda i det enskilda fallet, inte är en lucka, utan istället ett exempel på den typiska uppgift domstolarna fyller i en rättsordning.²² Det är domstolarnas och slutligen Högsta domstolens uppgift att genom avgöranden ange hur lagbestämmelser skall förstås och hur andra gällande rättsregler skall tillämpas i det enskilda fallet. En egentlig lucka i tidigare angiven mening föreligger först när det saknas en reglering i en fråga i lagstiftningen eller andra rättskällor, fastän rättsordningen i sin helhet kräver en sådan.²³ Sådan utfyllnad är ibland nödvändig, om inte domstolen i det konkreta fallet skall komma till ett otillåtet non liquet (det är oklart), och lämna den tvistiga frågan utan avgörande.

Ser man på tilläggen för egen del, så skulle man kunna tänka sig, att de skulle ha ett särskilt värde just i sådana fall då Högsta domstolen haft anledning att göra något som annars kunde uppfattas som ett språng i rättsutvecklingen. Utöver den motivering som ges i domskälen, får de som läser domen ytterligare upplysningar om varför de enskilda justitieråden valt denna lösning. Vi tillåts kika in bakom förhänget och tycker oss få en glimt av de egentliga skälen till att domen föll på detta sätt. Tilläggens karaktär som personliga uttryck för det enskilda justitierådets uppfattning i en viss fråga fångas väl i följande uttalande av dåvarande justitierådet Hedfeldt:

Formellt uttrycker det den ledamots mening som signerat det, inget annat. Det torde vara vanligt att de ledamöter, som enats om en mening, också i det väsentliga är ense om vad en av dem 'för egen del' yttrar till protokollet, men det finns ju också de som går med egna vågor genom havet.²⁴

Betoningen av det personliga uttrycket är säkert befogad, men ur synvinkeln att vi vill finna sätt att avgöra tilläggets värde som del av rättskällan rättspraxis, är den besvärlig. Beskrivningen, om än aldrig så riktig, löser alltså inte det egentliga problemet, nämligen vilket värde dessa uttalanden skall tillmätas och på vilken grund. Nyligen har frågan åter berörts av ledamöter i Högsta domstolen. I en artikel av de tre justitieråden Calisendorff, Lambertz och Lindskog lämnas följande värdering:

²² Att svaret för det konkreta fallet ger sig alldeles omedelbart, skulle till och med någon gång kunna tänkas vara ett tecken på att lagen inte är avfattad så generellt som vi förväntar oss att lagar skall vara.

²³ Se *Canaris* Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2 upplagan Berlin 1983, s. 55: "Eine Lücke liegt vor [...] wenn im positiven Recht eine Regelung fehlt, obwohl die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit eine solche fordert."

²⁴ *Hedfeldt* Något om prejudikat och referat SvJT 1976 s. 493–495, s. 495.

En slutsats som skulle kunna dras [...] är att det saknas en objektiv måttstock för värdet av tilläggen, och att de i regel, måhända till skillnad från skiljaktigheterna, inte kan ges någon betydelse vid en tolkning av ett prejudikat. Värdet av ett tillägg bestäms av var och en som tar del av det. Som mest kan ett tillägg bidra till en djupare insikt i ett rättsområde, till förståelsen av problemställningen i ett avgörande, eller till argumenten för eller emot en lösning av ett angränsande rättsligt problem. Den ledamot som lämnar ett tillägg förväntar sig inte heller att alla läsare av Högsta domstolens prejudikat tar del av tillägget, och självfallet anser en och annan läsare att tillägget var onödigt.²⁵

Det finns väl inte så särskilt mycket att invända mot denna beskrivning, men den ger heller inget egentligt svar på frågan om vilket värde tilläggen har som rättskälla.²⁶ Även den som instämmer i omdömet, att värdet av tillägget bestäms av den som tar del av texten, måste fråga sig varför tilläggen då ändå är så många och varför de publiceras just i anslutning till fallet och inte på annan plats. Vi har fått en glimt av skälen till dömandet, men verkar ändå inte ha kommit närmre den egentliga frågans lösning.

5 Förklarande tillägg och rättsvetenskapliga tillägg

Med utgångspunkt i den nyss väckta frågan, huruvida tilläggen verkligen publiceras på rätt ställe, kan det finnas anledning att undersöka om alla tillägg är av samma slag. Efter att ha gått igenom ett stort antal fall där tillägg gjorts, förefaller det mig som man med visst fog skulle kunna skilja mellan *förklarande tillägg*, det vill säga de som består i en form av redovisning av de bevekelsegrunder som det enskilda justitierådet ansett avgörande, och *rättsvetenskapliga tillägg*, i vilka frågor diskuteras som går utöver den konkreta rättsfrågan och förklarar annat än vad domen kunnat

²⁵ Calissendorff, Lambertz & Lindskog Tillägg till Högsta domstolens avgöranden, samt något om skiljaktigheter SvJT 2012 s. 313–318, s. 317.

²⁶ På en punkt, men den står helt för mig själv, tror jag dessutom att den inte motsvarar verkligheten, nämligen vad gäller förväntan hos den som gjort tillägget att bli läst. Den som inte tror att det man skrivit skall bli läst, låter det skrivna bli kvar i datorn eller skrivbordslådan. Om man sedan av hövlighet eller möjligen ödmjukhet uttrycker åsikten, att man inte förväntar att *alla* skall läsa även tillägget när man läser domskäl och eventuella skiljaktiga meningar, så är detta ändå bara en liten modifikation av den grundläggande förväntan man som författare av en publicerad text har om att bli läst och därmed påverka andras uppfattningar i en viss riktning.

avse. I den del tillägget är *förklarande*, får vi som utomstående veta varför justitierådet just i detta fall valt en viss lösning, medan *de rättsvetenskapliga tilläggen* är mer tydligt framåtriktade och avser mer abstrakta, allmänna fall. Inte sällan innehåller tillägg för egen del inslag av båda dessa former, så skillnaderna skall inte överdrivas, men det finns också tillägg som helt tydligt har karaktären av rättsvetenskapliga respektive förklarande tillägg.

Man kan också konstatera att Högsta domstolen själv tillmäter de tillägg som gjorts till tidigare avgöranden visst värde och behandlar många av dem som om de vore doktrin. I flera avgöranden finns hänvisningar i domskälen till tillägg för egen del i tidigare mål. Här skall bara några exempel anföras.

I NJA 1985 s. 97 hänvisar Högsta domstolen till justitierådet Hesslers tillägg i NJA 1982 s. 589. Tillägget har en stark koppling till rättsvetenskapen, då det i sin tur i stor utsträckning byggde på en då ännu opublicerad framställning av professor Agell.²⁷ Senare praxis har i stora drag följt denna linje som alltså har sin början i rättsvetenskapen snarare än praxis.

I NJA 2003 s. 3 bedömde Högsta domstolen vilken verkan skiljeavtal hade i konkurs. I målet beaktades särskilt det tillägg som justitierådet von Seth gjort i NJA 1913 s. 191 till utveckling av sin skiljaktiga mening. I 2003 års mål hade Högsta domstolen i realiteten att avgöra om samhällsförändringar skett som gjorde det befogat att avvika från den slutsats som slogs fast i 1913 års pleniavgörande och istället ansluta till den mening som von Seth utvecklade där. Högsta domstolen fann slutligen att den hittillsvarande principen skulle kvarstå.

NJA 2005 s. 608 (Frasses och Max) gällde möjligheterna att bryta igenom huvudregeln att ren förmögenhetsskada inte ersätts i utomobligatoriska förhållanden. Högsta domstolen hänvisade i fallet till justitierådet Karlgrens tillägg i NJA 1949 s. 645. Rättsfrågan i 1949 års mål låg inte i sak särskilt nära den i 2005 års mål, men det som var av relevans var det Karlgren, närmast som ett postskriptum, sist nämner i sitt tillägg:

Med det anförda har icke förnekats möjligheten av att, om en tredje man så att säga gjort sig skyldig till kvalificerad ond tro genom att vid förvärvet från den obligatoriskt bundne kontrahenten medverka till dennes kontraktsbrott på ett mot 'goda seder' stridande eller eljest klart otillbörligt sätt, skadeståndsansvar kan anses böra åvila tredje mannen. Om sådant fall är emellertid i förevarande mål icke fråga.

²⁷ Den grundläggande texten publicerades först senare i omarbetat och utökad skick, se Agell Äganderätten till fastighet för makar och samboende, Stockholm 1985.

Uttalandet ansluter till det som Karlgren utvecklat i sin rättsvetenskapliga produktion och där kallat kollusivt beteende. Även i detta fall är alltså anknytningen till rättsvetenskapen stark och anknytningen till tillägget i 1949 års mål dubblar i sak närmast den hänvisning till Karlgrens Kollegium i Allmän Obligationsrätt som Högsta domstolen också gör.

I NJA 2008 s. 861 hade Högsta domstolen att ta ställning till om det var möjligt att föra en skadeståndstalan för att därigenom få åter pengar som stulits. Komplikationen i målet var att de stulna pengarna möjligen utgjorde utbyte av olaglig verksamhet. I domskälen räknas rättskällor som rör normskyddsläran upp i ordningen förarbeten, rättspraxis och därefter, utbrutet ur serien av övriga anförda rättsfall, justitierådet Nordensons tillägg till utveckling av sin mening i NJA 1976 s. 458. Tillägget följs sedan av rättsvetenskapliga framställningar i frågan. Nordensons behandling av läran om skyddat intresse i tillägget i 1976 års fall grundas på att han var skiljaktig i förhållande till motiveringen, men inte till domslutet. Diskussionen i 2008 års fall gällde delvis huruvida rätten till skadestånd var utsluten på grund av att den bestulnes intresse låg utanför skadeståndsregelns skyddsändamål. Högsta domstolen fann slutligen att det inte förelåg några hinder att ta upp skadeståndstalan, trots att pengarna som stulits troligen härrörde från olaglig verksamhet.

Vill man sammanfatta hur Högsta domstolen själv använder sig av tidigare gjorda tillägg, så framträder snarast en bild av att de ställs på samma fot som rättsvetenskapliga framställningar. Det går givetvis att finna undantag, men som helhet betraktat ger användningen denna bild. Både tilläggens form och bristen på regler för hur tilläggen skall göras, ger dem en lös anknytning till själva domen. När justitieråd i nya domar hänvisar till tidigare gjorda tillägg, är det ofta som stöd av samma slag som annars kunde ha hämtats ur doktrinen. I sin vaghet är detta kanske så långt man kan nå i strävan att i allmänna ordalag ange tilläggens karaktär: förklarande och rättsvetenskapliga.

6 Avslutning

Man kunde tänka sig rättsordningen som en teater.²⁸ Skådespelarna står redo att börja spela den välkända pjäsen om ont och gott, om brott och straff. Alla skådespelarna har fått ett slags grundmanuskript och vissa scenanvisningar, men ensemblen kan inte låta bli att hela tiden göra tillägg

²⁸ Metaforen är lånad från *Conradi* Skapande dömande Fs Bengtsson s. 86.

och strykningar i pjäsen de spelar. Publiken är alla de som berörs av rättsreglerna, men också några som varit med och skapat både pjäs och scenanvisningar.

Om någon av skådespelarna plötsligt lämnar scenen och sätter sig i salongen för att bara titta på, måste de övriga fylla i de repliker som den skådespelaren skulle ha fällt. De kvarvarande aktörerna måste improvisera, stryka och lägga till för att få pjäsen att fungera och pjäsen kommer nog att uppfattas som lite märklig av publiken, men den fungerar till nöds. Publiken får ju inte bli så irriterad att den lämnar salongen eller till och med försöker få hela teatern riven och skådespelarna utslängda på gatan.

Så om skådespelarna är lagstiftaren, domstolarna och rättsvetenskapen, och lagstiftaren går och sätter sig i salongen, får de andra fylla i replikerna. Metaforer skall inte drivas för långt, men nog tänker vi oss att personerna i pjäsen fortsätter att spela sina roller, även om replikerna måste skrivas om lite för att kunna fortsätta utan den som hastigt lämnat scenen. Och kommer skådespelaren tillbaka upp på scenen igen, då får de som står där åter justera sina repliker. Att det alls går att ändra replikerna på detta sätt, mitt i pjäsen, beror på att vi tror oss känna till skådespelets inre logik.

Men vi förväntar oss ändå att finna vissa slag av ”repliker” i lagtext och av andra slag i domar. När domstolarna tar över lagstiftarens roll, fälls repliken från oväntat håll, men för helhetens bästa. Men också tillägg för egen del är repliker, dock uttalade av ”fel” skådespelare. De skulle ju ha uttalats av någon av rättsvetenskaparna, men plötsligt brister en av domarna ut i en monolog. Man kan se detta som en form av kompensation för en frånvarande rättsvetenskap eller i vart fall att den nödvändiga doktrinen som kunde ha givit stöd i just den aktuella frågan i målet saknas. Det viktiga är dock, att när en ledamot av Högsta domstolen ”bryter” mot domarrollen och börjar uttala sig med rättsvetenskapens repliker, så måste de också värderas som just uttryck för rättsvetenskap och inte som del av praxis. På detta sätt finns det visst fog att kalla tillägg för egen del doktrin i ”fel” publiceringsforum.²⁹

²⁹ Jfr *Hedfeldt* Något om prejudikat och referat s. 495: ”Det finns i NJA en rad förnämliga sådana yttranden, snarast vetenskapliga uppsatser.”