

## TAL MED ANLEDNING AV FÖRSTA NUMRET AV JURIDISK PUBLIKATION

Av Johan Munck<sup>1</sup>

*Tal, den 26 maj 2009 på advokatfirman Delphi, Regeringsgatan 30, med anledning av första numret av Juridisk Publikation.*

Det är en stor händelse för den svenska rättskulturen, när en ny juridisk tidskrift föds. Juridisk Publikation kommer inte bara att bli en tidskrift som läses för stunden. Den kommer att ingå i den juridiska doktrinen och därmed tillhöra de svenska rättskällorna. Om det i en domstol eller för någon annan rättstillämpande myndighet kommer upp ett problem som har behandlats i Juridisk Publikation kan tidskriften inte förbigås. Den kommer att citeras och diskuteras i sådana sammanhang och får på det sättet en betydande livslängd.

På juridisk introduktionskurs får man lära sig av den här närvarande Madeleine Leijonhufvuds framställningar och andra läroböcker att det finns olika rättskällor. Främst finns det lagen, förarbeten, rättspraxis och den juridiska doktrinen.

Om man ska försöka gradera rättskällorna – vilket många har gjort och det finns mycket att säga om det – skulle nästan alla säga att i första hand kommer lagen. Sedan blir det lite svårare, men nog skulle de flesta säga att nummer två är rättspraxis. Vad särskilt avser rättspraxis som kommer från EG-domstolen, halkar denna upp som nummer ett, eftersom den är lika bindande som en lag. När det gäller att utse nummer tre börjar man svaja lite, men där kommer sannolikt lagförarbetena, och som nummer fyra den juridiska doktrinen.

Men det har inte alltid varit på detta sätt. Det finns en period när den juridiska doktrinen utan tvekan har varit nummer ett. Då går jag tillbaka till antiken, till Kejsar Valentinianus III i Rom på 400-talet efter Kristus, som alla säkert väl känner till. Han utfärdade en lag som hette citeringslagen. Den gick ut på att om en domstol hade ett komplicerat civilmål, så skulle man inhämta responsa, som det hette, från fem namngivna rättslärda. Om de tyckte likadant, skulle man döma såsom de hade skrivit. Men om de tyckte olika, då skulle man döma som en av dessa rättslärda hade skrivit. Papinianus hette han. Det spelade då ingen roll vad de andra hade sagt.

---

<sup>1</sup> Justitieråd, ordförande i Högsta domstolen.

Man gör ju omedelbart den reflektionen att man hade kunnat rationalisera det hela genom att bara fråga Papinianus, men så stod det inte i citeringslagen. Sedan gick det väldigt illa båda för Valentinianus III och Papinianus, men det har inte så mycket med dagens ämne att göra.

En liten avstickare. Inom den anglosaxiska rättstraditionen där man inte har så mycket skriven rätt, är utrymmet för responsa betydligt större än i Sverige. Jag hade på grund av ett utredningsuppdrag mycket att göra med ett projekt som bestod i att ett amerikansk clearinginstitut skulle öppna filial i Stockholm. Då var det så att det fanns ett sakrättsligt problem, vars natur jag nu har glömt, som inte var reglerat i lag och som hade betydelse för clearingen. Inom den juridiska doktrinen var man dock ense om hur man skulle bedöma frågan.

Den bank som var ansvarig för clearingfaciliteten infordrade åtta *legal opinions* från ledande svenska affärsjuridiska byråer, säkerligen också från Delphi där vi befinner oss idag. Sju av de svarade att det utan tvekan förhöll sig såsom det hade sagts i den juridiska doktrinen, vilket var så som banken ville ha det. Den åttonde sade att man kunde anföra skäl för och emot men att övervägande skäl talade för att det förhöll sig precis så som det stod i den juridiska doktrinen. Den lilla antydning till tvekan som alltså fanns i den åttonde *legal opinion* var tillräcklig för att banken skulle dra sig ur projektet. Banken sade att innan vi får enhetliga, fullkomligt otvetydiga, *legal opinions*, blir det ingen investering. Då blev det så att lagstiftaren ingrep och talade om i lag att det skulle vara precis så som alla hade trott att det redan tidigare förhöll sig. Därmed tillämpade man alltså ett system liknande det som Valentinianus III genomförde under 400-talet efter Kristus.

Men så stark som under 400-talet efter Kristus har nog trots allt den juridiska doktrinen aldrig varit. Under medeltiden fanns det dock så kallade glossatorer, som också hade en mycket stark ställning. De hade till uppgift att uttrycka lagen och hade de sagt något om lagen så blev det så.

Sedan förflöt seklerna och lagstiftningstraditionen blev annorlunda. Om jag flyttar mig fram till ungefär mitten av 1900-talet och ser hur Högsta domstolen för en 70-80 år sedan använde den juridiska doktrinen, så citerades litteraturställen ganska sällan i HD:s avgöranden. Man kunde förstå av ett avgörande att domstolen hade tagit del av doktrinen, även om man inte gjorde någon hänvisning till denna. Det var några som var fixstjärnor på den tiden, främst kanske Undén, Almén och Thyrén. Hade någon av dem sagt något så var det detta som gällde, men de citerades inte. Ett fjärde exempel är

professor Robert Malmgren, med hans kommentar till 1809 års regeringsform. Beträffande honom kan man göra viss jämförelse med Papinianus, för det sades allmänt om Malmgren att, eftersom regeringsformen var så svårtolkad, Malmgrens ord gällde lika mycket som lagtexten. Jag är inte riktigt säker på att man kan säga det om någon annan juridisk författare från senare tid.

Numera är läget ett annat. Både HD och andra domstolar skriver mycket öppnare och tar upp juridiska författare, och ibland diskuterar man vad den ena eller andra juridiska författaren har sagt och gör en avvägning mellan olika uppfattningar. Avgörandena är i det avseendet rätt så olika. Att i detta avseende åstadkomma enhetlighet har jag ansett är en helt hopplös uppgift.

De som är insatta i hur målen handläggs vet att det finns en referent som skriver det ursprungliga utkastet. Det blir ofta många ändringar, men referenten svarar i allmänhet för själva strukturen i domen. Det finns ledamöter i HD som är synnerligen framstående juridiska forskare och experter och väldigt kunniga när det gäller juridisk litteratur, och det finns andra som i likhet med mig själv inte alls har den bredden på sin bildning. Det blir ibland ganska olika avgöranden, vissa skriver med massor av hänvisningar till olika författare, medan andra inte tycker att man behöver hänvisa så väldigt till litteraturen.

Under de första åren jag var i HD, levde min gamle pappa som också hade varit domare. Han var väldigt kritisk mot vårt sätt att skriva domar. ”Varför skriver ni på det sättet, sida upp och sida ner med massor av resonemang för och emot, det ska inte en högsta instans göra. Ni ska skriva hur det är. Ni ska tala om för alla andra vad som gäller”, tyckte han. Men så skriver man alltså inte nu för tiden, det gör nästan ingen.

Men, som sagt, hur mycket man citerar den juridiska doktrinen varierar. Man hänvisar i allmänhet till doktrinen inom parentes, ofta till en mängd författare. Och tumregeln är att om någon författare har skrivit precis samma sak som HD anser, skriver man ”se Håstad” eller ”se Juridisk Publikation”. Har författaren endast tangerat frågan skriver man ”jfr Leijonhufvud”, och har författaren skrivit tvärtemot HD:s åsikt skriver man ”se dock Karlgren”. I den citeringen kommer naturligtvis även Juridisk Publikation ingå i fortsättningen.

Ofta hänvisar man till all litteratur som man känner till. Ett krav är dock i princip att det ska vara tryckt litteratur, främst för att man ska kunna kontrollera citeringen och resonemangen ytterligare. Det har förekommit att man har hänvisat till otryckta arbeten, men det är väl inte att rekommendera

för är arbetena svåråtkomliga kan man inte utsätta citeringen för kontroll. I och med att Juridisk Publikation är tryckt så kommer den naturligtvis att vara med bland det som citeras.

Hur får man tag i all juridisk litteratur? Vissa ledamöter är kolossalt belästa och kan utantill vad som står i olika skrifter. Andra får leta och då har man självfallet hjälp av de olika datatjänster som finns. I Högsta domstolen finns det föredragande revisionssekreterare som är mycket ambitiösa och verkligen strävar efter att få presentera alla textställen där problem liknade det man har för ögonen har bemötts. Skulle de då missa Juridisk Publikation, skulle de bli helt förtvivlade.

Kan HD missa någonting i doktrinen? Det kan man naturligtvis göra och man kan missförstå vad en författare har skrivit och man kan alldeles missa en författare. Jag kände en mycket framstående professor, numera avliden, som i ett brev till Högsta domstolen skrev att han med intresse hade läst ett avgörande och ville påpeka att den frågeställning man hade behandlat var precis den som han själv hade behandlat i en bok och skrivit flera sidor om, men han saknade hänvisningar till den boken. Jag läste hans brev men var inte med om själva avgörandet, så jag vågade inte säga om Högsta domstolen verkligen hade missat honom eller om man hade läst arbetet men av ett eller annat skäl hade avstått från att hänvisa till det.

Min egen uppfattning är att man inte behöver göra så väldigt många hänvisningar, en dom i en domstol ska inte se ut som ett juridiskt examensarbete. Det är lite tillspetsat sagt och det finns andra som har andra uppfattningar, och jag tycker som sagt att det får bero på den individuella domaren hur man vill skriva. Men självfallet ska man noga ta del av den juridiska doktrinen, och det tycker jag att man gör i Högsta domstolen.

Sedan är det ju så att man kan närma sig den juridiska doktrinen från ett annat håll också. Det är ju inte bara det att Högsta domstolen och andra domstolar ska ta del av doktrinen innan man dömer. I doktrinen kan man ju också ta upp Högsta domstolens domar i efterhand när domen väl är meddelad och antingen säga att det här var en bra dom eller det här var ju alldeles fel. En föregångare till Juridisk Publikation, nämligen Juridisk Tidskrift, lanserade en som jag tyckte mycket stimulerande avdelning i sin publikation, en analys av vissa av Högsta domstolens meddelade domar. Under en period var det väl lite grann som tidningarna skriver efter Melodifestivalen ”fel låt vann” medan tidskriften skrev ”nu har HD dömt fel igen”.

Detta retade en tidigare kollega till mig, Johan Lind, som både skrev en uppsats och höll ett föredrag på temat. Den tankegång han utvecklade var ungefär följande. Om Högsta domstolen har sagt en sak så är det ju det som gäller, och då är det meningslöst att kritisera. I stället borde man försöka sätta in avgörandet i ett större sammanhang, och diskutera hur man ska tolka det och så vidare. Men att säga att det är fel är meningslöst, för det blev ju så som Högsta domstolen sagt. Han utvecklade detta rätt utförligt och kanske lite väl tillspetsat, så att en framstående forskare – professor Suzanne Wennberg – tänkte till lite grand och sa att Högsta domstolen inte kan inbilla sig att den lever i en skyddad verkstad och ska vara fredad från all kritik, utan tycker en jurist utanför domstolen att en dom är felaktig så är man väl i sin fulla rätt att skriva det. Johan Lind svarade på det och skrev ungefär ”javisst, jag vill inte på något sätt exkludera någons yttrandefrihet, men vad är det för mening med att skriva på det sättet, vad HD har skrivit måste ju definitionsmässigt bli gällande rätt”.

Den här diskussionen blev kanske lite väl spetsig till slut. Jag förstår vad Johan Lind menar, men jag kanske snarare håller med Suzanne Wennberg. Man måste ju kunna kritisera till exempel en lag – den är ju om möjligt ännu mer bindande än ett uttalande från Högsta domstolen – och då måste man ju även kunna kritisera ett avgörande från Högsta domstolen.

Å andra sidan kan det förhålla sig så att om det förekommit massiv kritik under årtal från den juridiska doktrinen, så kan Högsta domstolen ta upp frågan i plenum och ändra sig. Det gjorde vi med en bevisfråga på gränsen mellan civilrätten och processrätt; det var rättsfallet NJA 1951 s 1, som blev exakt 50 år gammalt, och sedan dömde man tvärtom i plenum 2001. Då hänvisade man till att den ståndpunkt som Högsta domstolen tidigare hade intagit inte var enhällig – det fanns en stark minoritet – och till att avgörandet hade fått en massiv kritik i den juridiska doktrinen. Egentligen var det inte så mycket nytt som hade hänt, problemställningen var densamma 2001 som 1951. Men särskilt kritiken från den juridiska doktrinen ledde i alla fall till att Högsta domstolen omprövade sitt ställningstagande. Detta utgör i sin mån också ett argument mot Johan Lind.

Sedan kan man råka ut för en sak som jag själv har upplevt och som jag aldrig glömmer. Vi hade ett mål i Högsta domstolen 1988, som gällde en fråga som numera aldrig uppkommer, nämligen obehörig vinst i växelrätten. Sådana mål finns inte längre, för det finns knappt några växlar. Det var en fråga som hade ägnats stor uppmärksamhet i den juridiska doktrinen. Professor Anders Agell

hade skrivit en hel bok om obehörig vinst i växelrätten och vi fick i Högsta domstolen precis hjärtefrågan i hans bok.

Jag var referent i målet och läste boken så att jag nästan kunde den utantill. Jag beundrade ju hans sätt att skriva och all juridik som han hade tagit fram. Men vi kom fram till att resultatet i vårt praktiska fall skulle bli väldigt konstigt, om vi dömde så som Agell hade rekommenderat. Vi dömde tvärtemot hans rekommendation och skrev domen med darrande fingrar. Sedan kom det ett brev från Anders Agell, där han skrev ”För tjugo år sedan ägnade jag mycket tid åt den här frågan. Jag blev väldigt stimulerad och glad när jag läste Högsta domstolens dom med hänvisningar till mitt arbete. Jag måste säga att när jag läste denna dom, blev jag alldeles övertygad att jag hade haft fel i min bok.” Att en sådan sak skrivs av en juridikprofessor är inte vanligt. Detta säger utan tvivel mycket om vilken storsint och generös gentleman Anders Agell var.

Nu har jag överskrivit den tid som jag hade fått från Robin, så jag tänkte stanna där. Jag vill än en gång gratulera till den enastående fina publikation som vi har framför oss och önska den all lycka i fortsättningen. 🏆