



Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG

JOHAN MUNCK

Rättskällor förr och nu

Särtryck ur Jubileumsnummer 2014

RÄTTSKÄLLOR FÖRR OCH NU

Av Johan Munck¹

Generationer av jurister har fått lära sig att rättskällorna framför allt är fyra: lagtext, förarbeten, doktrin och praxis. Men gäller detta fortfarande och hur har rättskällornas innehåll och praktiska användning förändrats över tiden? I artikeln görs ett försök att kortfattat belysa detta.

VAD ÄR EN RÄTTSKÄLLA?

Redaktionen har till sitt jubileumsnummer efterlyst allmänna synpunkter på bl.a. användningen av rättskällor. Läran om rättskällor är ett stort och svårt ämne. I det följande lämnas några mycket allmänna synpunkter med tonvikten på sådana förändringar som har skett under senare tid.

Det finns olika definitioner på begreppet rättskälla. Enligt Nationalencyklopedin är rättskälla ”den gängse benämningen på varje enskilt element i det material i vilket den rättstillämpande juristen söker svar på frågor om de gällande rättsreglernas innehåll”. Detta stämmer väl överens med hur begreppet traditionellt har brukat användas av jurister.

Sedan lång tid tillbaka har jurister i olika generationer fått lära sig att det framför allt finns fyra rättskällor: lagtext, förarbeten, doktrin och praxis. Man talar dessutom ibland om sedvänja och handelsbruk som rättskällor. Fortfarande skulle man väl säga att rättskällorna är desamma som förut. Men deras innebörd och inbördes förhållande har förändrats och förskjutits.

LAGTEXT

Naturligtvis har lagtexten en huvudroll som rättskälla. Övriga rättskällor ger inte några bindande besked om innehållet i gällande rätt. Men ger ens lagen i alla lägen bindande besked? Att lagen ofta kan behöva tolkas är ju självfallet. Men får man avvika från lagen när dess språkliga betydelse är alldeles klar?

Att man får utsträcka en lagregels tillämpningsområde genom analogi är inte så svårt att förstå. Mera tveksamt är under vilka förutsättningar man kan inskränka regelns tillämpningsområde i strid med dess ordalydelse, något som brukar betecknas som reduktionsslut. Den frågan har många intresserat sig för.

¹ Johan Munck har varit justitieråd 1988–2010, de senaste åren som ordförande i Högsta domstolen. Dessförinnan var han bl.a. rättschef i Justitiedepartementet. Numera är han verksam som skiljedomare, utgivare av Lagboken och ordförande i ett antal nämnder m.m. Han är hedersordförande i Juridisk Publikations akademiska råd.

I synnerhet Per-Olof Ekelöf har i sina arbeten pläderat för en ganska djärv lära angående möjligheten att avstå från att tillämpa lagtextens lydelse i atypiska fall. Han menar att rättstillämparen har i stort sett samma rätt att göra ett reduktionsslut som en analogi när detta påkallas av ändamålet med regleringen².

Riktigt så långt vågar nog de flesta inte gå. Medan man genom en analogi från en lag till ett oreglerat område inte kan sägas åsidosätta lagen, tar det mera emot med ett reduktionsslut, vilket ju innebär att man dömer *contra legem*, som det brukar heta. Att det finns ett utrymme för reduktionsslut är dock oomstritt. Det finns många HD-fall som kan anföras som exempel (se t.ex. NJA 1993 s. 3, som är ett ovanligt tydligt fall). Högsta förvaltningsdomstolen torde dock genomgående vara något försiktigare, vilket står i överensstämmelse med den vanliga iakttagelsen att Högsta förvaltningsdomstolen är mera benägen än HD för en ordagrann tillämpning av lagtexten (se t.ex. Munck, Regeringsrätten 100 år s. 370 ff. och SvSkT 2000 s. 475 ff. med referenser). Se dock, som ett exempel på reduktionsslut från Regeringsrättens sida, RÅ 1997 ref. 39.

En annan sak är att det ibland kan förekomma rena fel i lagstiftningen. Det är en ofta diskutabel fråga om rättstillämparen vågar bortse från felet och tillämpa lagen inte som den lyder utan som den borde ha utformats. Se om detta Torkel Gregow i Festskrift till Gertrud Lennander s. 107 ff. Jfr också Marianne Eliason i SvJT 2004 s. 293 angående rättsfallet RÅ 1999 not. 245.

Bestämmelsen i 1 kap. 1 § brottsbalken om att brott är en gärning för vilken straff är föreskrivet har avsetts hindra en analogisk utvidgning av ett straffbud och måste också hindra domstolen från att till nackdel för den enskilde göra ett reduktionsslut eller tillämpa en straffbestämmelse med bortseende från ett fel.

Till det nyss anförda kommer emellertid numera också Europarättens utveckling. Om en svensk lag strider mot en EU-bestämmelse måste ju den svenska regeln vika. Huruvida detta fullt ut gäller även eventuella konflikter mellan EU-rätten och våra grundlagar är omstritt (se senast Jermsten och Abrahamsson, Om behovet av en ny tryck- och yttrandefrihetsrättslig regleringsmodell, SvJT 2014 s. 201 ff., med replik av Göran Lambertz SvJT 2014 s. 440 ff.).

En av EU utfärdad förordning har alltså starkare ställning än en svensk lag och ingår naturligtvis bland rättskällorna inom sitt område. Men hur ska man i detta sammanhang se på EU:s direktiv, som ju är bindande i fråga om det resultat som ska uppnås men lämnar åt medlemsstaterna form och metod för

2 Se t.ex. Rättegång I, 8 uppl. s. 81 ff.

att uppnå detta? Ska de anses vara rättskällor jämförbara med lag eller med förarbeten till lag? Det spelar ju egentligen ingen roll hur de klassificeras, men eftersom det är fråga om bindande rättsakter ligger det kanske närmast till hands att jämställa dem med lagar.

I än högre grad gäller detta i fråga om den preambel som brukar inleda en EU-förordning. Den har i sak prägel av lagmotiv men är lika bindande som förordningen i övrigt.

Europakonventionen har inte på alla områden samma starka ställning, men konventionen gäller som svensk lag, och dessutom finns sedan år 2010 i 2 kap. 19 § regeringsformen en särskild bestämmelse om att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av Europakonventionen.

Det förekommer naturligtvis inte att regering och riksdag med öppna ögon utövar sin normgivningsmakt i strid med Europakonventionen. Men konventionens allmänt hållna bestämmelser är inte alltid lätta att tolka, och det kan inträffa att Europadomstolen väljer att tolka en sådan bestämmelse på ett överraskande sätt. Dessutom kan ju Europadomstolen ändra sin praxis, något som med stor betydelse för Sverige skett i fråga om den s.k. dubbelbestrafningen för deklaratjonsfel³.

Enligt motiven till 2010 års grundlagsändringar ska praxis från Europadomstolen som tillkommit efter det att dessa ändringar antagits och som inte kunnat förutses av den svenska lagstiftaren i samband med grundlagsändringarna, inte tolkas in i bestämmelserna om grundläggande fri- och rättigheter. Detta är förståeligt, men med den lagstiftningsteknik som har valts kan resultatet bli att exakt likalydande bestämmelser i regeringsformen och Europakonventionen måste ges olika tolkning.

Över huvud taget har läget när det gäller de grundläggande fri- och rättigheterna kommit att bli alltmer komplicerat med hänsyn till att praktiskt taget likartade bestämmelser gäller enligt den svenska grundlagen och flera olika internationella regelverk som inte i alla lägen kan ges samma tolkning.

FÖRARBETEN

Det råder väl ingen tvekan om att lagförarbetenas betydelse som rättskälla har

3 Se Europadomstolens avgörande i målet mellan Zolotuchin och Ryssland den 10 februari 2009 och NJA 2013 s. 502 m.fl. rättsfall.

varit större i Sverige än i flertalet andra länder. Detta sammanhänger säkerligen i stor utsträckning med den grundliga lagstiftningsproceduren i Sverige och med förarbetenas offentliga tillgänglighet.

Lagstiftningsproceduren har under senare decennier snabbats upp. Kommittéerna får kortare tid på sig och det har successivt blivit allt vanligare att man övergått till förhållandevis kortfattade departementspromemorior i stället för sådana omfattande SOU-betänkanden som vi tidigare hade vant oss vid. Men även om man beaktar denna förändring är den svenska proceduren både grundligare och mera öppen än vad som är vanligt i andra länder. Det medför att inte bara sådana förarbeten som direkt kan hänföras till regeringen eller riksdagen utan också exempelvis ett utredningsbetänkande kan ha betydelse som rättskälla⁴.

Som ofta påpekats finns det många fördelar med att de rättstillämpande organen beaktar lagmotiven. Förutsebarheten ökar, och från konstitutionell synpunkt måste det i grunden vara riktigt att de skäl som ligger till grund för lagstiftarens ställningstaganden tilläggas betydande vikt.

Till nackdelarna hör att det med hänsyn till lagstiftningsarbetets organisation inte kan undvikas att det då och då insmyger sig uttalanden, lagda i departementschefens mun, som är mindre välöversägda och ibland helt oacceptabla. Det betyder att förarbetena måste betraktas med viss urskillning.

I sin förut nämnda artikel varnar Marianne Eliason för vad som på kanslihus-slang brukar kallas lagstiftning genom motiv. Med det brukar man mena att motiven innehåller uttalanden – ofta mycket konkreta – som saknar tillräcklig täckning i lagtexten. Sådana uttalanden ställer ofta till problem.

Som ett av otaliga exempel kan nämnas ett uttalande som jag i annat sammanhang⁵ har uppehållit mig vid.

Rättsfallet NJA 1999 s. 725 gällde frågan om en polisman skulle anses berättigad till ersättning för kränkning för att en gripen person hade spottat honom i ansiktet. HD besvarade frågan nekande och hänvisade då till att en polisman i tjänsten måste vara beredd på att mötas med vissa angrepp och ha en större mental beredskap inför detta än andra. Möjligen hade Svenska Polisförbundet uppvakttat Justitiedepartementet och uttryckt sitt missnöje med denna utgång. Under alla omständigheter skrevs det in i motiven till en ändring i skadestands-

4 Se närmare Bertil Bengtsson, SOU som rättskälla, SvJT 2011 s. 777 ff.

5 Svea Hovrätt 400 år s. 187 ff.

lagen att ersättning ofta bör kunna ges om en polisman i tjänsten utsätts för en brottslig kränkning som är skymflig och direkt angriper den privata sfären, t.ex. ett renodlat kränkande angrepp som att bli spottad rakt i ansiktet (prop. 2000/01:68 s. 50, se även s. 66). När frågan återkom i rättsfallet NJA 2005 s. 738 hamnade HD i bryderi och tog upp frågan i plenum. Majoriteten följde det nya motivuttalandet och dömde ut ersättning medan en minoritet höll fast vid den tidigare linjen. Alla torde dock ha varit ense om att denna typ av motivuttalanden inte är bra.

Inför Sveriges inträde i EU förutspådde många att förarbetenas betydelse som rättskälla skulle kraftigt minska till förmån för den juridiska doktrinen⁶.

Har det blivit så? När det gäller lagstiftningsområden som inte är harmoniserade genom EU-rätten är det svårt att se någon principiell skillnad mellan nuvarande ordning och den tidigare. Förarbeten skrivs väl med ungefärligen samma omsorg som förut och beaktas i lika hög grad som tidigare i rättstillämpningen.

Naturligtvis är det annorlunda inom de harmoniserade områdena. De svenska förarbetena till en lag som tillkommit på grund av ett EU-direktiv är mycket försiktigt skrivna och innehåller inte så mycket – ofta knappast något alls – till ledning för tillämpningen.

I sin intressanta artikel ”Några anteckningar om användningen av förarbeten inom gemenskapsrätten” (JT 2000-01 s. 492 ff.) kritiserar advokaten Ulf Öberg detta. Öberg påvisar att EU-domstolen själv ofta fäster stor vikt vid förarbetena till sekundärrätten.

För min del är jag benägen att hålla med Öberg. Förarbetena till en EU-förordning i form av kommissionens förslag, debatter, resolutioner och ändringsförslag från Europaparlamentet samt deklarerationer, protokollsanteckningar och förklaringar i rådet är publicerade och möjliga att ta del av och utgör utan tvekan rättskällor. De återopas ibland av EU-domstolen.

Det är emellertid mycket begärt att en svensk domstol eller annan rättstillämpare mera regelmässigt ska ta del av och tillgodogöra sig sådant material. Här kunde de ansvariga departementen – som har en helt annan överblick över detta material – vara till större hjälp för rättstillämpningen.

6 Se t.ex. Ulf Bernitz, *Inför europeiseringen av svensk rätt*, JT 1991-92 s. 36–37.

Liksom Öberg har jag svårt att se att det skulle finnas något hinder mot att i en proposition till nationell införlivandelagstiftning exempelvis redovisa vilka överväganden som har legat till grund för en av flera möjliga tolkningar av en oklar bestämmelse i ett direktiv. Detta sker i andra länder och kan ha betydelse både för kommissionens övervakning och i förekommande fall för EU-domstolen. Dessutom hjälper ju sådana uttalanden rättstillämparen, som dock naturligtvis inte får tillägga sådana uttalanden i inhemska förarbeten alltför stor betydelse.

RÄTTSPRAXIS

Ett kriterium på en rättskälla brukar anses vara att det är fråga om material som är någorlunda lätt allmänt tillgängligt. Kanske man får göra vissa reservationer. Lagar och förordningar är ju allmänt tillgängliga, men ibland kan det vara förenat med ganska stort besvär att få tag på bindande föreskrifter från myndigheters sida. Och EU:s rättsakter är ju bindande hur svårt det än kan vara att i vissa fall finna dem när det behövs.

När det gäller rättsfall har Stig Strömholm uttryckt saken så här:

”Med den syn på högre instansers avgöranden som – i all sin bristande precision – kan anses präglade modern svensk rätt förefaller det i hög grad berättigat att fråga sig om en kategori av rättsfall, som överhuvudtaget icke gjorts tillgänglig utanför den instans som fällt avgörandena, lämpligen bör betecknas som ”rättskällor”. Är det inte, från alla rimliga praktiska synpunkter, helt enkelt så att ”rättskälla” blir ett avgörande endast om det – på annat sätt än genom slump, personliga kunskaper eller forskning av ett slag som icke står de rättstillämpande juristerna till buds – är tillgängligt för dem som har anledning beakta det?”⁷

Kanske Stig Strömholm för närmare 40 år sedan inte fullt ut kunde förutse utvecklingen av den digitala rättsinformation. Låt mig nämna ett exempel.

Kammarrätternas avgöranden har länge varit svåra att få tag på, eftersom det inte har funnits någon rättsfallssamling för kammarrätternas del som motsvarar den som finns för hovrätterna.

7 Stig Strömholm, Bättre rättskällor, SvJT 1976 s. 368.

Numera förhåller det sig så att *alla* avgöranden från kammarrätterna och hovrätterna finns tillgängliga – även i sökbar form – på vissa Internetbaserade rättstjänster.

Innebär detta att kammarrätternas avgöranden har blivit rättskällor i högre grad än förut? Jag skulle vilja svara ja på den frågan. Dessa rättsfall kan naturligtvis inte ses som prejudikat i egentlig mening men utgör som Jan Hellner uttryckt saken upplysningskällor om problem och tvister och sätt att lösa dessa. I den mån en serie rättsfall från kammarrätter eller hovrätter ger uttryck för en fast praxis måste de naturligtvis tilläggas betydande vikt inte bara av förvaltningsrätter och tingsrätter utan även av de högsta instanserna.

Liknande reflektioner kan göras för hovrätternas del i och med att samtliga avgöranden och alltså inte bara de som hovrätterna själva funnit referatvärda finns tillgängliga digitalt i sökbar form.

När det gäller de högsta instansernas avgöranden är digitaliseringen av stor betydelse genom att prejudikaten får mycket snabbare genomslag än förut. Man behöver inte vänta på nästa häfte av referatsamlingen. Särskilt den yngre generationen har ofta sin uppmärksamhet riktad mot den digitala publiceringen och på detta sätt sprids kannedomen snabbt om nya prejudikat.

Men hur ska man se på avgöranden från utländska domstolar, som ju också med datateknikens hjälp numera är någorlunda lätta att ta del av? Man kan naturligtvis inte begära att de svenska domstolarna regelmässigt ska söka information om rättsfall över hela världen. Men nordiska rättsfall borde som jag ser det i högre grad än som nu är vanligt efterforskas, i synnerhet på de områden där vi har någorlunda gemensam lagstiftning. Inom HD har vi också försökt göra det, men det ska erkännas att saken ibland har kunnat falla i glömska.

Även när det gäller utländska rättsfall – jag bortser då från dem som rör EU-rätt – kan man tveka om de skall anses utgöra rättskällor i teknisk mening, men de har eller borde ha den allra största betydelse som upplysningskällor. Än så länge kan man väl inte komma ifrån att de blir i någon mån slumpartat i vad mån sådant material uppmärksammas, men rättsinformationens utveckling kan säkerligen leda till en successiv förändring. Vad som framför allt är av betydelse är att rättsfallen blir översatta åtminstone till engelska och sökbara på nyckelord.

I prejudikatläran brukar man skilja mellan sådana uttalanden i en dom som är nödvändiga för utgången (*ratio decidendi*) och sådana uttalanden som gjorts

i förbigående och inte är nödvändiga för avgörandet (*obiter dicta*). Det anses att endast uttalanden av det förra slaget är i egentlig mening prejudicerande.

Det finns många skäl till denna skillnad. En är att ett *obiter dictum* ofta berör en fråga som inte fått samma belysning i rättegången som de frågor som behöver besvaras för själva avgörandet. Den högsta instansen står alltså på mer osäker mark. Kanske kan man också säga att uttalanden som gjorts i förbigående kan ha tillkommit utan att domstolen har behövt överväga deras samlade konsekvenser, varför de kan vara mindre genomtänkta än de skäl som ligger till grund för själva avgörandet.

Inom HD fanns det, i varje fall i slutet av 1980-talet när jag började min tjänstgöring där, två uppfattningar med avseende på *obiter dicta*. Den dominerande – som i allmänhet företrädades av de äldre ledamöterna – gick ut på att detta var något som man borde akta sig för. Genom överflödiga uttalanden kunde man skapa problem både för HD själv och för andra instanser. Andra menade att HD borde ta tillfället i akt och uttala sin mening i näraliggande frågor när detta föll sig naturligt.

Även om alltså ett *obiter dictum* inte anses prejudicerande är det ju klart att ett sådant uttalande måste ha betydelse som rättskälla, inte minst för domstolen själv. Eftersom prejudikat i Sverige inte anses vara i egentlig mening bindande kan skillnaden synas subtil.

Ett av många exempel på ett *obiter dictum* som ställt till trassel erbjuder rättsfallet NJA 1987 s. 780. HD uttalade där som ett *obiter dictum* att ett avgörande, varigenom en förvaltningsdomstol hade fastställt en försäkringskassas beslut om återbetalning av bidrag, utgjorde en exekutionstitel och kunde läggas till grund för verkställighet, detta trots att försäkringskassans eget beslut inte utgör någon exekutionstitel. Ståndpunkten blev föremål för kritik i den juridiska litteraturen men vidhölls av HD när spörsmålet återkom som huvudfråga i ett senare mål (NJA 1991 s. 363). I NJA 2013 s. 413 tog emellertid HD med stor majoritet i plenum avstånd från de tidigare rättsfallen och stannade för motsatt uppfattning, dvs. en förvaltningsdomstols dom utgör inte någon verkställbar exekutionstitel i den angivna situationen.

Med den utförlighet som HD:s avgöranden numera avfattas är det nog så att man i större omfattningen än förut kommer in på *obiter dicta* i olika sammanhang. Som framgått finns det i så fall både för- och nackdelar med detta.

Frågan i vilken utsträckning man kan hålla isär *ratio decidendi* från *obiter*

dicta vid tolkningen av EU-domstolens avgöranden är besvärligare. Framför allt gäller detta i fråga om förhandsavgöranden. Som påpekats av Jörgen Hettne och Ida Otken Eriksson i arbetet EU-rättslig metod (2 uppl. 2011 s. 53) utgör ett förhandsavgörande ett abstrakt besked om rättsläget, och det är tveksamt om man när det gäller sådana avgöranden över huvud taget kan tala om obiter dicta. Allt som uttalas är nog lika bindande, om inte domstolen själv – vilket förekommer – anger motsatsen.

DOKTRINEN

År 426 e.Kr. utfärdade den romerska kejsaren Valentinianus III den s.k. ”Citeringslagen”, vilken föreskrev, att vid stridiga åsikter i de rättslärdas skrifter domarna skulle hålla sig till de åsikter, som uttalats av de fem såsom mest framstående ansedda juristerna: Papinianus, Paulus, Ulpianus, Modestinus och Gajus. Vid stridiga åsikter mellan dem skulle majoriteten vara bestämmande. Om åsikterna var lika delade så skulle Papinianus åsikt vara den avgörande.

Kanske skillnaden mellan Rom på 400-talet och Sverige på 2000-talet inte är så stor som man skulle kunna tro? Det är inte så många som har försökt att mer konkret utforska rättsvetenskapens betydelse för de högsta instansernas avgöranden i Sverige. En som har gjort det är Bertil Bengtsson, se uppsatsen Om rättsvetenskapen som rättskälla i TfR 2002 s. 14 ff. (jfr även Om domare och rättskällor i TfR 1989 s. 685 ff.⁸). Bengtsson påvisar där att HD när juridisk litteratur åberopas i civilrättsliga avgöranden oftast hänvisar till standardverk och sedan länge använda läroböcker av en handfull ledande författare. Man är i så fall kanske inte så långt från citeringslagen, dock utan att någon bestämd professor utsetts att axla Papinianus mantel.

Om HD i ett avgörande stannar för en ståndpunkt som har haft klart stöd i doktrinen är det naturligtvis ofta lämpligt att i avgörandet hänvisa till detta, även om det kanske inte alltid är nödvändigt. Ännu viktigare är det enligt min mening att HD, om domstolen går direkt emot en uppfattning som har uttalats i doktrinen, gör läsaren uppmärksam på detta på lämpligt sätt. Så sker väl också oftast men enligt vad Bengtsson påvisar tyvärr inte alltid.

Men det finns mycket att säga om detta och mycket klokt har också skrivits av Bertil Bengtsson och andra författare⁹. Vad jag här skulle vilja ta upp är egentligen en annan fråga.

⁸ Båda uppsatserna är lyckligtvis tillgängliga även i samlingsverket 21 uppsatser, Lund 2003.

⁹ T.ex. Bert Lehrberg SvJT 1991 s. 753, Torbjörn Andersson SvJT 2000 s. 206, Ulf Petrusson SvJT 2002 s. 217, Marie Sandtröm SvJT 2002 s. 282, Lena Olsen SvJT 2004 s. 105 och Staffan Westerlund SvJT 2006 s. 309.

Var går gränsen för vad som kan betecknas som doktrin? Rättsliga frågor är numera i betydligt högre grad än förut föremål för uppmärksamhet i den allmänna debatten. Det förekommer också i viss utsträckning att professorer i juridik liksom framstående domare och ämbetsmän skriver regelbundna krönikor och andra framställningar i dagspressen där juridiska frågor berörs. Ofta förekommer det i medierna även debattinlägg i rättsliga frågor med argument som i allra högsta grad är värda att tas på allvar. Detsamma gäller s.k. bloggar, podcasts och liknande faciliteter.

Skulle det vara helt otänkbart att i ett domstolsavgörande ta upp en tråd från en sådan framställning? Såvitt jag vet har det inte förekommit i Sverige men jag tycker mig ha sett det i avgöranden från andra länder. Här är det naturligtvis inte alltid fråga om en rättskälla i vedertagen mening, men särskilt i sådana domar där man kommer in på lämpligheten från olika synpunkter av den ena eller den andra tolkningen, skulle det ibland kunna vara frestande.

Men det dröjer nog innan man får se ett sådant avgörande från någon av de högsta instanserna i Sverige. 