

# Får Gertrud Lennander kommentera rättsfall i vilka hon själv medverkat som domare?

JOHAN MUNCK\*

När Gertrud nu efter 18 år lämnar Högsta domstolen kommer hon att få bättre tid för sin rättsvetenskapliga forskning. Hon drabbas emellertid då av ett problem som många har upplevt före henne. Hur skall hon förhålla sig till sådana rättsfall i vilka hon själv har medverkat? Självfallet får hon nämna även dessa i rättsvetenskapliga framställningar, men kan hon analysera dem på det sättet att hon förklarar hur Högsta domstolen har menat eller får antas ha menat och vilka överväganden som ligger till grund för detta, i den mån dessa skulle behöva utvecklas utöver vad som klart framgår av domskälen?

Detta problem har behandlats på olika sätt av dem som varit i Gertruds situation. Det finns exempel på ledamöter och förutvarande ledamöter av Högsta domstolen som har ålagt sig ytterlig försiktighet när det gäller att uttala sig om fall i vilka de själva har medverkat.

Det är också uppenbart att försiktighet under alla förhållanden är påkallad för den som har deltagit i ett kollegialt avgörande. Även om han eller hon själv anser sig säker på vad domstolen har avsett med en speciell formulering, kan det ibland inte uteslutas att andra ledamöter skulle ha en annan uppfattning.

Detta problem är ju inte unikt för domstolarna utan avser alla kollegiala organ, och det är egentligen inte det problemet som jag tänkte ägna dessa rader till Gertruds hyllning. Oftast är det väl för övrigt ändå så att varje ledamot vet hur domstolen har resonerat. I andra fall kan ju problemet någorlunda enkelt undanröjas genom en fråga till den eller dem som är berörda eller med en lämplig reservation.

Av större rättsligt intresse är frågan i vad mån – som det mycket ofta görs gällande – domareden skapar svårigheter för en domare att i efterhand kommentera sitt domslut.

Domaredens två sista meningar har enligt 4 kap. 11 § rättegångsbalken följande lydelse.

\* F.d. justitieråd och ordförande i Högsta domstolen.

”Jag skall varken förr, än domen avsäges, eller sedan uppenbara dem, som till rätta gå, eller andra de rådslag rätten inom stängda dörrar håller. Detta allt vill och skall jag som en ärlig och uppriktig domare troget hålla.”

Att man inte skall avslöja rättens överläggningar för parter eller utomstående innan domen är meddelad tycker nog alla är naturligt. Lika självklart är det väl inte att man inte skall få röja dessa överläggningar när domen väl är meddelad.

Ändå gäller för sådana uppgifter en mycket stark sekretess. Enligt 43 kap. 6 och 11 §§ offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) genombröts den inte ens av meddelarfriheten.<sup>1</sup>

Jag vill minnas att jag redan när jag som tingsnotarieaspirant skulle avlägga domareden ställde en fråga just om skälet till det ovillkorliga förbudet mot att röja rättens överläggningar efter domens meddelande. Det svar jag då fick var att det ju kunde vara tänkbart att en anledning till att domen fick det innehåll som den hade fått var av sådant slag att den inte lämpade sig för domskälen eller av annan orsak inte hade intagits i dessa. Då borde inte heller någon av rättens ledamöter eller protokollföraren kunna avslöja det för parterna eller någon annan.

Jag tyckte då och tycker alltjämt att detta resonemang är ganska dubiöst. Men det är nog en sådan föreställning som ligger till grund för den obenägenhet att kommentera domar och andra avgöranden som är vanlig inom rättsväsendet.

Om en domare får frågan: ”Vad menar ni när ni i domen har skrivit att särskilda skäl talar för att man frångår huvudregeln?” är det vanliga svaret att domaren inte vill eller inte får kommentera domen: den skall tala för sig själv. En sådan attityd skulle knappast accepteras av medier eller allmänhet från andra beslutsfattaressida.

JO har i ett uttalande som jag strax återkommer till (JO 1971 s. 28 ff. särskilt s. 36) sagt att, sedan dom eller beslut meddelats, skälen för avgörandet normalt inte kan vara kringgårdade av någon tystnadsplikt; tvärtom torde det enligt JO ”få anses vara en tjänsteplikt för en domare att, när ett meddelat beslut inte innehåller någon uppgift om skälen för beslutet, på begäran av därtill behörigt organ lämna upplysningar i detta hänseende”. Enligt denna uppfattning skulle således domareden i princip inte ta sikte på skälen för en dom eller ett beslut.

Inte desto mindre är det fullt tänkbart att orsaken till domaredens förbud mot att röja rättens överläggningar även efter det att avgörandet meddelats ursprungligen avsetts tillgodose intresset av att sådana domskäl som inte återspeglas i det material som parten fått del av inte får röjas för parten.

<sup>1</sup> Egentligen är det ju numera sekretessbestämmelsen snarare än domareden som bildar grundvalen för domarens tystnadsplikt.

Domareden överfördes från rättegångsbalken i 1734 års lag med endast vissa formella jämkningar och torde återgå på ett Kungl. Brev från år 1687. Vid den tiden var det inte alls någon självklarhet att parterna och allmänheten hade rätt att få reda på domskälen. Dessa fanns i allmänhet antecknade i domstolens protokoll, men det skedde för domstolens interna prejudikatbildning och, framför allt, för att överinstansen skulle kunna genomföra en prövning i händelse av överklagande. Det sistnämnda skälet hade ingen aktualitet för Kungl. Maj:ts domar, som ofta utfärdades utan motivering, trots att vidlyftiga protokoll fördes över överläggningarna inom Rådets Justitierevision. Sådana protokoll var naturligtvis inte tillgängliga för parterna. (Se Bergholtz, *Ratio et Auctoritas*, s. 69 ff.)

Även sedan det hade blivit mera vanligt att avgörandena innehöll skäl ansågs det att dessa skulle redovisas sparsamt. I David Nehrmans år 1751 utgivna arbete *Inledning till Then Svenska Processum Civilem* underströks att endast huvudskälen borde tas in i själva domen. Om man belastade denna med allehanda biskäl som låg till grund för domen, skulle nämligen detta medföra risk för domens överklagande.

Med utgångspunkt i ett sådant synsätt är det inte så konstigt, om man ansåg att det skulle vara strängt förbjudet för en domare att för parterna och allmänheten röja sådana domskäl som man ville hålla interna.

Numera är det naturligtvis inte alls sådana intressen som kan åberopas för domaredens förbud mot att röja rättens överläggningar även efter det att domen har meddelats. De skäl som har anförts till stöd för den mot domaredens svarande sekretessregeln är enligt förarbetena till 1980 års sekretesslag i stället följande (prop. 1979/80:2 s. 311):

”Om risk fanns för att varje framförd synpunkt och varje framlagt utkast till skrivning kunde ges allmän spridning, skulle säkerligen många av deltagarna i överläggningarna dra sig för att gå in på en närmare diskussion av problemen. Härigenom skulle målen och ärendena få en mindre allsidig belysning. För domstolarnas verksamhet är det därför av vikt att tystnadsplikt gäller beträffande vad som har förekommit vid domstols överläggning inom stängda dörrar angående dom eller annat beslut av förut angivet slag.”

Detta är väl fullt legitima skäl för förbudet, även om man kanske skulle kunna ifrågasätta dels om de är så starka att de motiverar att meddelarfriheten genombryts, dels om de inte i så fall borde göra sig gällande även för andra organ än domstolar som i kollegial eller liknande sammansättning fattar viktiga beslut. Man erinrar sig i detta sammanhang den bedrövliga historien i mars 2009 då landshövding Marianne Samuelssons yttranden under en intern överläggning hos Länsstyrelsen i Gotlands län blev föremål för en smyginspelning som lämnades över till medierna. Detta var fullt tillåtet, men om det hade varit fråga om en domstol skulle det ha varit förbjudet.

Det kan ha sitt intresse att beröra frågan hur de främsta kontrollmyndigheterna – JO och JK – ser på domareden.

Det förut i all korthet berörda JO-ärendet 1971 s. 28 ff. rörde en rådmann vilken som ordförande i ett brottmål vid en rådhusrätt mot en häktad efter huvudförhandlingen den 22 september 1967 hade låtit anteckna att den tilltalade alltjämt skulle vara häktad och att rådhusrättens beslöt dom vilken skulle meddelas den 6 oktober 1967 (denna tidpunkt senarelades härefter). I domen dömde rådhusrätten den tilltalade för misshandel till fängelse fyra månader och förordnade att straffet skulle anses till fullo verkställt genom häktningen. Med denna utgångspunkt borde den tilltalade ha försatts på fri fot redan efter huvudförhandlingen. Rådmannen invände att domen inte hade varit helt definitiv efter överläggningen den 6 oktober och hänvisade i det sammanhanget till att han på grund av sin domared inte kunde närmare gå in på den diskussion som hade förekommit vid överläggningen angående vilken strafftid som skulle tillämpas. Detta accepterades inte av JO som hänvisade till att JO enligt instruktionen för riksdagens ombudsmän skulle ha haft rätt att närvara vid överläggningen. Rådmannen bestred naturligtvis inte detta men menade att eftersom JO rent faktiskt inte hade varit närvarande vid överläggningen, så hade han inte rätt att få närmare uppgifter om diskussionen.

JO underkände helt hänvisningen till domareden, som han menade på sin höjd skulle kunna avse olika enskilda uttalanden inom rätten, och denna uppfattning synes ha delats av hovrätten, som dömde rådmannen för tjänstefel. För en läsare av referatet i JO:s ämbetsberättelse förefaller detta ganska hårt, eftersom rådmannens väsentliga fel verkar ha varit att han inte lät upprätta ett nytt överläggningsprotokoll, ett fel som ingalunda är ovanligt.

Hur har JK sett på saken? En viss uppfattning om detta kan man få genom att studera rättsfallet NJA 2007 s. 862 där en skadeståndstalan fördes mot staten för att Regeringsrätten hade bifallit en ansökan om rättsprövning utan att dessförinnan kommunicera den med berörda parter, något som lett till betydande kostnader för dessa. Jag avstår från att här närmare gå in på alla turer i detta mål, något som jag har försökt göra i annat sammanhang.<sup>2</sup>

JK, som företrädde staten i målet, inhämtade yttrande från Regeringsrätten, varav det framgick att Regeringsrätten – där man tidigare utgått från att ansökan skulle komma att avslås – i anslutning till en föredragning den 16 november 1993 bedömde att den skulle kunna komma att bifallas. Därigenom uppstod en situation då undantaget från kommunikationsskyldighet med hänvisning till att talan troligen skulle avslås inte längre var tillämpligt. Däremot kunde kommunikation fortfarande under-

<sup>2</sup> Se uppsatsen *Högsta domstolens äldsta mål i Vänbok till Bertil Södermark*.

låtas om den bedömdes som uppenbart onödig. I sitt yttrande anförde Regeringsrättens ledamöter att det vid tiden för föredragningen hade gått fyra månader sedan Koncessionsnämndens beslut och att en kommunicering i syfte att underrätta bolagen om rättsprövningsärendets existens knappast var meningsfull. Vid en ny överläggning den 29 november 1993 uppkom frågan om det fanns anledning att före beslut kommunicera ansökan med bolagen. Syftet med en kommunicering på detta stadium skulle ha varit att ge bolagen tillfälle att ge synpunkter i en processuell fråga. Avdelningen fann att prövningen var av uteslutande rättslig karaktär och ingenting väsentligt därför kunde tillföras målet genom en sådan åtgärd, som dessutom skulle ha väsentligt försenat målets avgörande.

Genom yttrandet från Regeringsrättens ledamöter fick man alltså reda på exakt hur Regeringsrätten hade resonerat när den underlät att kommunicera den aktuella ansökningen med de berörda parterna, uppgifter som tidigare hade varit förborgade för dessa. Någon antydning om att Regeringsrätten eller JK skulle ha funnit detta uppgiftslämnande diskutabelt med hänsyn till domareden eller sekretessen framskymtar inte av materialet.

För min del finner jag detta helt naturligt. Oavsett vad som ursprungligen åsyftats med domaredens här aktuella formulering anser jag – liksom JO och tydligen även JK och Regeringsrätten – att domareden i dag över huvud taget inte kan hindra att en domare för parter eller andra talar om eller utvecklar vilka skäl som ligger till grund för en dom eller, såsom i det sist berörda fallet, en handläggningsåtgärd, när dessa skäl inte klart framgår av det material som parten fått del av eller som blivit offentligt.

En konsekvens av detta synsätt är enligt min mening att en domare som blir ombedd att förklara skälen till ett avgörande i vilket han deltagit inte är förhindrad att göra detta av hänsyn till domareden eller den däremot svarande sekretessbestämmelsen. Detta utesluter givetvis inte att domaren kan ha andra fullgoda anledningar till att avböja att svara.

En annan konsekvens är att Gertrud måste vara oförhindrad att i sin framtida rättsvetenskapliga produktion analysera även sådana rättsfall i vilka hon själv har deltagit som domare utan att ålägga sig någon speciell restriktivitet.

Vad hon däremot av hänsyn till domareden tydligen inte bör göra är att i förekommande fall avslöja att vissa kolleger i ett särskilt fall ursprungligen haft en annan uppfattning än hon men blivit övertygade av hennes kunskaper, argument och auktoritet. Den som haft förmånen att samarbeta med Gertrud vet emellertid att hon aldrig skulle ha kommit på en sådan idé, även om domareden inte hade existerat.

