



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Theo Rydén

Om prejudikat
- hur rätt skapas genom att skipas

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Professor Gunnar Bergholtz

Ämnesområde
Processrätt

Termin
HT 2001

Innehåll

INNEHÅLL	2
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Syfte	4
1.2 Metod och material	5
1.3 Disposition	6
1.4 Avgränsningar	7
2 VAD ÄR ETT PREJUDIKAT?	8
2.1 Allmänt	8
2.2 Historisk tillbakablick	10
2.2.1 Äldre tid	10
2.2.2 Vägen mot en prejudikatlära	13
2.2.3 1900-talet	16
2.2.4 1947-års uppfattning	16
2.2.5 1971-års fullföljdsreform	19
2.2.6 Perioden efter 1971-års fullföljdsreform	21
2.3 Den allmänna uppfattningen om prejudikats ställning i rättskälleläran	22
3 HD:S PREJUDIKATBILDNING	24
3.1 Bakgrund	25
3.2 Praxis	26
3.3 Prejudikatens roll	27
3.3.1 Publiceringen av HD:s avgöranden i NJA:rubrikens betydelse	27
3.3.2 När har ett avgörande prejudikatvärde – tre situationer	28
3.4 Domskal	32
3.4.1 Allmänt om domskal	32
3.4.1.1 Varför domar bör motiveras	35
3.5 Omröstnings- och enhällighetsprejudikat	36
3.5.1 Något om skiljaktiga meningar och rättsfallstolkningen	37
3.6 Hovrätternas prejudikatbildning	39
3.7 Prövningstillstånd i HD	41

3.7.1	HD:s funktion	41
3.7.2	Prejudikatdispens RB kap. 54 § 10 p. 1	43
3.7.3	När tillåts HD frångå en rättsgrundsats?	48
4	TOLKNING OCH TILLÄMPNING AV PREJUDIKAT	51
4.1	Inledning	51
4.2	Svårigheterna	51
4.2.1	Bakgrund	52
4.3	Processuella reglers betydelse för rättsfallstolkningen	53
4.4	Tolkningen	54
4.4.1	Tolkning av domar – tolkning av lag	54
4.4.2	Tolkning av endast ett fall	55
4.4.3	Tolkning genom sammanställning av flera fall	55
4.4.4	Motsatsslut	56
4.4.5	Svårtolkade språkliga uttryck	58
4.4.6	Hänvisningar till lägre domstolars skäl, även till särskilda yttranden	59
4.4.7	Hänvisningar till rättsfall och till litteratur	60
4.4.8	Obiter dictum och Ratio decidendi	61
4.5	En tolkningsmodell vid tolkande av prejudikat	64
4.5.1	Att identifiera rättsregeln	65
4.5.2	Att fastslå vilken rättsprincip rättsregeln ger uttryck för	66
4.5.3	Att bestämma prejudikatets räckvidd	67
4.5.4	Att bedöma prejudikatets värde	67
5	DET RÄTTSSKAPANDE MOMENTET	69
5.1	Inledning	69
5.2	Rättskapande genom dömande	69
5.2.1	Internationella rättsförhållanden	70
5.2.1.1	NJA 1979 s. 242 – Lagval	70
5.2.2	Äganderätt till mark - Nomader	71
5.2.2.1	NJA 1981 s. 1 – Skattefjällsmålet	71
5.2.3	Beviskrav och bevisbörda	75
5.2.3.1	NJA 1977 s. 176 - Klart mera sannolikt	75
5.2.3.2	NJA 1981 s. 622 - Klart mera sannolikt än	78
5.2.3.3	NJA 1984 s. 501 – Mera antagligt	80
5.2.4	Ny utveckling	81
5.2.4.1	NJA 1972 s. 253 - Fullbordanspunkten vid butiksstöld	81
5.2.4.2	NJA 1978 s. 147 - Letter of intent/viljeförklaring	84
5.2.4.3	NJA 1986 s. 217 - Factoring	88
5.2.5	Ideell art	91
5.2.5.1	NJA 1979 s. 212 – Naturvårdens intresse	91
5.2.5.2	NJA 1962 s. 750 – Konsthantverk eller konstindustri	92
5.2.6	Finns gemensamma och objektiva kännetecken?	93
6	SAMMANFATTNING	95
	LITTERATURFÖRTECKNING	98

Förord

Under arbetes gång med texten har flera personer hjälpt mig med allt från problemformuleringar till korrekturläsning. Jag önskar härvid säga ett par ord om dem.

Min handledare, Professor Gunnar Bergholtz, har givit mig intressanta synpunkter under författandets gång, lämnat läshänvisningar innan arbetet påbörjades samt navigerat mig vad avser textens utformning under själva processen. Doktorand David Reidhav har konkretiserat frågeställningar och givit mig diverse klagöranden samt även öppnat nya frågor för textens utformning. Min far har korrekturläst textens alla utkast och kommit med språkliga synpunkter och med allmänna funderingar på hela textens innehåll och på dess utformning.

Om dem alla skall sägas att deras arbete präglats av tolerans och av stöd och utan dem hade examensarbetet *inte* varit färdigt idag. Eventuella fel och brister är förstås endast mina egna.

Alla barn som hela tiden dyker upp i min omgivning ger nya perspektiv på livet, varför föreliggande text är tillägnad dem – ingen nämnd och ingen glömd.

Theo Rydén, Juridicum och Stora Tomegatan i Lund, den 6 november 2001.

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
HD	Högsta domstolen
JFFT	Tidskrift, utgiven av Juridiska föreningen i Finland
JO	Justitieombudsmannen
JT	Juridisk Tidskrift
LR	Länsrätt
LU	Lagutskottet
MD	Marknadsdomstolen
NE	Nationalencyklopedin
NJA	Nytt juridiskt arkiv
RB	Rättegångsbalken (1942:740)
RegR	Regeringsrätten
RH	Rättsfall från hovrätten
RF	Regeringsform
SFS	Svensk författningssamling
SvJT	Svensk juristtidning
TfR	Tidskrift for Retsvidenskab

1 Inledning

Det är en stor upplevelse när man som juriststuderande första gången får ett avgörande från högsta domstolen i sin hand – ett s.k. prejudikat. Prejudikatet skall läsas, varefter det diskuteras gemensamt på kursen. *Men vad är, generellt sett, ett prejudikat?* Detta är min första fråga.

Den andra frågan är något mera svårbesvarad och dessutom svår att formulera. Den aktualiseras inte förrän ett par terminer in på utbildningen. Den lyder: *är prejudikat detsamma som gällande rätt?*

Den andra frågan härrör från den, tillsynes naturliga, uppfattningen att dömandet är en verksamhet som bygger på gällande rätt och att denna är otvetydig.

Min tredje fråga är: *hur går det till när HD ändrar rättsläget, eller kanske bättre, när HD skapar rätt?* Arbetets rubrik vittnar om att det är just den frågeställning som fångat mitt intresse och som behandlas i detta arbete.

En fjärde och avslutande fråga berör frågor som kretsar kring tolkningen och tillämpningen av prejudikat. T.ex. vilken räckvidd har ett prejudikat, vilka tolkningsmetoder är tillämpliga vid rättsfallstolkningen och vilka skillnader bör en jurist göra i sitt arbetsliv mellan *Obiter dicta* och *Ratio decidendi*?

1.1 Syfte

Föreliggande text har flera syften. Inledningsvis är mitt syfte att helt allmänt redogöra för prejudikat. Frågor centrala för detta syfte är bl.a. *hur prejudikat skapas, om underrätternas bundenhet av överrätternas avgörande*, samt om *grunderna för prejudikatdispens i högsta domstolen*. Allmänna frågor om prejudikat behandlas inte speciellt utförligt under juristutbildningen, trots att en relativt tidig upplevelse för juriststudenter är att analysera prejudikat. Det

är även så att prejudikat spelar en central roll för jurister i deras yrkesverksamma liv.

Ämnet intresserar mig speciellt då prejudikaten hela tiden plöjer nya fåror i det fenomen som kallas för gällande rätt – kopplingen mellan gällande rätt och prejudikat. Min text syftar därför även till att på ett exemplifierande sätt redogöra för hur rätt skapas genom att skipas, och på så sätt bygger ut gällande rätt.

I de fall jag redogjort för andras tolkningsmodeller, liksom för författarens uppfattningar i olika juridiska frågor, vill jag härmed betona att de fel och missuppfattningar som därvid eventuellt uppstått, förstås endast är mina egna.

Till sist vill jag uttrycka min fulla förståelse för uppfattningen att alla upprepningar i texten inte enbart är av godo. De syftar emellertid endast till att på ett pedagogiskt sätt beskriva hela fenomenet prejudikat.

1.2 Metod och material

Min arbetsmetod har bestått i att försöka finna svar på mina frågor med hjälp av etablerade rättskällor och tolkningsprinciper - klassisk juridisk metod.

Materialet har huvudsakligen bestått av artiklar och annan litteratur, samt av rättsfall och lagtext med tillhörande kommentarer. I vissa fall har jag även använt mig av förarbeten och av utredningar, samt av uttalande från kontrollerande organ såsom justitiekanslern och justitieombudsmannen. I de fall jag hamnat i korshänvisningar mellan olika författare, har jag i görligaste mån sökt mig till ursprungskällorna.

1.3 Disposition

I arbetets första del har jag försökt ge läsaren en hastig inblick i prejudikatets rätthistoriska utveckling från medeltiden till 1900-talets början. Även om denna period endast berörs som hastigast, är det viktigt att ge en historisk bakgrund till ett så centralt fenomen som prejudikatet är i vårt nutida rättsystem. Det ger en bättre förståelse för prejudikatet som juridiskt element och för de argument som anförs för hur prejudikatet skapas och bör tillämpas.

Arbetets andra del berör den utveckling som skett från 1900-talets början fram till idag. Här fokuseras på perioden innan och efter 1947, samt utvecklingen i samband med 1971-års fullföljdsreform när HD får en utpräglad roll som prejudikatinstans – från sakliga skäl till auktoritet.

Arbetets tredje del behandlar prejudikat i nutid. Centrala delar i kapitlet rör frågor om *prejudikatens roll, varför domar bör motiveras, diskussionen om enhällighets- och omröstningsprejudikat* och i vilken situation som *HD kan frångå en rättsgrundats*. Delen är central eftersom den ger en tämligen heltäckande bild av de regler som inkapslar prejudikaten. Jag har även ägnat visst utrymme åt den prejudikatbildning som sker inom hovrätterna.

Textens fjärde och femte del hänger till viss del samman. Medan jag i arbetets fjärde del behandlat frågor som rör tolkning och tillämpning av prejudikat, ges i kapitel fem exempel på när rätt nyskapats, rätt utvecklats och rätt nyanserats. Medan det förstnämnda syftar till att vara beskrivande, syftar det sistnämnda till att vara exemplifierande. Kapitel fyra innehåller även ett exempel på en möjlig tolkningsmodell vid användandet av prejudikat.

Arbetets sista del är en kort sammanfattning.

1.4 Avgränsningar

Föreliggande text tar ytterst sikte på de allmänna domstolarna med HD:s roll som utpräglad prejudikatinstans efter 1971-års fullföljdsreform i centrum.

Därmed förbigås stora områden som berör andra domstolar (t.ex. förvaltnings-, arbets- och miljödomstolarna). Till försvar för ett sådant tillvägagångssätt kan man anföra att de principiella utgångspunkterna är liknande, varför man åtminstone på principiell nivå kan tillämpa ett snarlikt tankesätt vad gäller andra dömande organs avgöranden. Det är trots detta en klar brist att de, bl.a. av utrymmesskäl, exkluderats.

En klar brist är även att jag tvingats lämna *Europa- och EG-domstolens praxis och svensk prejudikats förhållande till dem*, utanför framställningen.

En annan mycket intressant fråga, vilken jag endast berört som hastigast, är *nyttan av skiljaktiga meningar*.

Till detta var jag nödd och tvungen. Utelämnandet beror alltså inte på att jag anser de båda områdena vara mindre viktiga, snarare tvärtom.

2 Vad är ett prejudikat?

2.1 Allmänt

Ordet *prejudikat* kommer ursprungligen från latinets *praeiudicatum*, och betyder något som är avgjort på förhand. Utgångspunkten är ett avgörande i en principiell rättsfråga av en domstol, eller av en myndighet, som sedan uppfattas som vägledande eller som bestämmande – prejudicerande – för det organet, eller för andra organ.¹

*”Ett prejudikat är ett avgörande i ett konkret fall, som sedan blir ett auktoritativt mönster för framtida avgöranden”.*² Hellner anför:
*”med ett prejudikat menar man ett avgörande som betraktas som vägledande eller bindande för framtiden.”*³

Av dessa båda definitioner framgår att ett prejudikat för det första är ett avgörande i ett konkret fall. Detta avgörande innehåller förutom utslaget i just det målet, även viss vägledning för den framtida rättstillämpningen – beslutet i den principiella rättsfrågan i det konkreta fallet, kan alltså komma att bli vägledande för domar i liknande fall.

Vid bedömningen av rättsfrågor tillmäts tidigare avgjorda rättsfall större eller mindre vikt bl.a. beroende på domskälens sakliga tyngd och fallets ålder skriver Heuman.⁴ För att kunna bedöma prejudikatets värde, måste vi således till det ovan nämnda lägga dels prejudikatets ålder, dels domskälens sakliga tyngd.

Vidare är det av intresse från vilken domstol i hierarkin avgörandet kommer. Det är endast de högsta instanserna i de olika domstolsordningarna som är

¹ Prejudikat – NE.

² Aleksander Peczenik. Juridikens teori och metod, s. 37. Se även Aleksander Peczenik. Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet. Etik och juridisk argumentation, s. 232.

³ Jan Hellner. Rättsteori, s. 93.

avsedda att utgöra prejudikatinstanser - HD, RegR, AD och MD.

Avgörandena, dvs. prejudikaten, från dessa instanser syftar till att vara vägledande för domstolarnas rättstillämpning. Redan här är det dock viktigt att poängtera att det inte finns någon ovillkorlig skyldighet för underrätterna att följa de principer som de högsta instanserna fastslagit.

Prejudikatbundenheten anses vara relativ, inte absolut.⁵

Prejudikatens roll kan alltså sägas vara icke bindande, men de bör ändå beaktas som sakliga skäl och som auktoritetsskäl i den juridiska argumentationen. Som regel följs prejudikaten i svensk rättspraxis och har vidare stor betydelse för rättsvetenskapen. De tillfällen då en underrätt väljer att gå emot ett prejudikat är när underrätten önskar ge överinstansen möjligheten att ompröva tidigare praxis, såsom då praxis strider mot lag, mot förarbete eller mot något annat prejudikat från högsta instansen.⁶

Inledningsvis bör även ett par ord sägas om prejudikat i våra närmaste grannländer.

I Finland, Norge och Danmark påminner läget om det svenska. I Finland varierar prejudikatens auktoritet mellan olika rättsområden. På skatterättsens område anses de t.ex. spela en något större roll, än vad de gör på civilrättsens. Huvudregeln i Finland är att prejudikat inte är bindande, men det har hänt att åtal väckts när en domstol inte följt ett prejudikat. En dansk dom (U 1984, 848⁷) motiveras uttryckligen med hänvisning till ett avgörande från höjesteret (U 1981, 473 H), och ett tidigt norskt avgörande från detta sekel, vari en domstol medvetet avvikit från ett prejudikat från Höyesterett, är från 1910 (Kristiania (Oslo) overrett Rt 1910 s. 476⁸).⁹

⁴ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 117.

⁵ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 117.

⁶ Aleksander Pecezenik. Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation, s. 239.

⁷ Se sid. 850 i domen.

⁸ Se sid. 476 i domen.

2.2 Historisk tillbakablick

2.2.1 Äldre tid

Peczenik framhåller att prejudikat har historiska anor. I den romerska rätten spelade sedan 200-talet före Kristus pretorns edicta en betydande roll för rättsutvecklingen, och i den kanoniska rätten var dels påvens personliga domar, dels rättspraxis bindande.¹⁰

Ett tidigt stadgande i lag om prejudikats rättskällekraft är det privilegium som gavs år 1561 av Kung Sigismund August för Kurland. Detta angav att landets lag bestod av tre delar: Landssed, privilegier och avgivna domar.¹¹

I 1600-talets Sverige tillerkändes prejudikaten ännu en betydande roll, varefter en period av prejudikatfientlighet uppstod. 1600-talet kanske kan kallas för det gyllene århundradet för *domarmaktens inflytande på skapandet av objektiv rätt* (Sverige-Finland). Sundberg skriver att ”Domarmaktens inflytande på skapandet av objektiv rätt har i själva verket i vårt land aldrig varit så stort som under 1600-talet”.¹² Detta visade sig mest genom det inflytande, den auktoritet, som Svea Hovrätts praxis utbildade.¹³ På samma sätt förhöll det sig i våra nordiska grannländer.¹⁴ Vanligtvis uppehöll man sig vid *rätten som den levde i praxis* och lagkommissioners utformning av

⁹ Aleksander Pecezenik. Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation, s. 240f.

¹⁰ Aleksander Peczenik. Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation, s. 240.

¹¹ Jacob Sundberg. fr. Eddan t. Ekelöf, s. 91.

¹² Jacob Sundberg. fr. Eddan t. Ekelöf, s. 90.

¹³ ”Vägen till lagstiftning gick genom rättspraxis” skriver Modéer. Kjell Å Modéer. Kjell Å Modéer. Historiska rättskällor, s. 124.

¹⁴ Jacob Sundberg. fr. Eddan t. Ekelöf, s. 90. Vad avser våra nordiska grannländer citerar Sundberg vidare; ”Der fandt en praejudikatdyrkelse sted, som man aldrig senere har haft nogen sidestykke til”. ”I dette...Aarhundrede [och det föregående] ordnedes gjennem retspraxis naesten hele appelvaesendet”. Jacob Sundberg. fr. Eddan t. Ekelöf, s. 90.

lagförslag, i både Danmark och Sverige, antogs framförallt bygga på domspraxis.¹⁵

Som exempel på Svea Hovrätts praxis kan nämnas adoptionsinstitutets rättshistoria, och den utvecklades som där skedde under 1600-talet i Sverige. Inom framförallt adelsfamiljer som höll på att dö ut, tilläts adoptioner av en person, eller av en hel familj, varefter denne eller denna omvandlades till adlig (adlig ätts namn, nummer samt vapen). Detta var dock inte jämförbart med vad vi idag kallar för adoption, utan snarare ett konstlat familjeförhållande utan arvsrätt.¹⁶ Genom detta förfarande kunde familjens namn leva vidare. Allt detta skedde utan direkt lagstöd, men med stöd ur utarbetad praxis. Från början gav endast kungen tillstånd till detta.¹⁷

Efter denna period blev man mer negativt inställd till prejudikat. I Danmark uttalade envåldsregimens man, greve Christoffer Parsberg år 1672¹⁸, att ”praejudicatum gör ingen lov”¹⁹, och här hemma sade Mattias Calonius²⁰ år 1803 att rättskipningen ”bör vara grundad på beskrivna lagar, men ej på tillfälliga domslut”. Inom den preussiska lanträtten, daterad 1794, fanns det ett uttryckligt stadgande mot att ta hänsyn till prejudikat.²¹

¹⁵ Jacob Sundberg. fr. Eddan t. Ekelöf, s. 90.

¹⁶ Motion N:o 89, s. 9.

¹⁷ Lagberedningens förslag till revision av giftermålsbalken och vissa delar av ärvdabalken II. Förslag till lag om adoption m.m., s. 30.

¹⁸ Angående Parsberg, se speciellt Jacob Sundberg. fr. Eddan t. Ekelöf, s. 105.

¹⁹ Vad just gäller den sentensen intogs två år senare, dvs. 1674, ”Instruktion om ett direkt förbud för Højesteret att ge skäl för sina domars slut”. Jacob Sundberg. fr. Eddan t. Ekelöf, s. 106.

²⁰ Sundberg anför att detta var svensk rätts starkaste fördömande mot rättspraxis som rättskälla. Calonius hade vid denna tidpunkt ett par års adjunktion i Högsta domstolen bakom sig, och hans utgångspunkt var den på rättspraxis grundade kommentaren till sjölagen från år 1667. Calonius ansåg att ”utom den att samla prejudikater, näppeligen någon annan säkrare utväg gives, att i ovisshet, mörker och förvirring insvepa lagskipningen i ett land”. Tillfälliga meningar och domslut fotsatte Calonius, ”efter var saks särskilda omständigheter och domstolars olika begrepp...hava var sina särskilda grunder”, vilket innebar att de ”ej vara ämnade till allmän efterföljd eller bör återopas i sådant avseende”. Jacob Sundberg. fr. Eddan t. Ekelöf, s. 105f.

²¹ Aleksander Pecezenik. Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation, s. 240.

Under 1800-talet, dvs. perioden när den despotiska rättskälrelärens tid var på sin sluttamp, stod det klart att rättspraxis inte borde tillhöra rättskällorna. I Danmark fortsatte enväldet, vilket bl.a. innebar att Højesteret varken gav domskäl eller i övrigt förde några minnesböcker. I Norge hölls den högsta instansens domskäl hemliga och i Sverige och Finland gällde 1734 års system – RB kap 23 § 5 sade däri att domen skulle innehålla den lag varpå domslutet grundades jämte huvudskälen för utgången.²²

Det fanns emellertid fler paragrafer i dåtidens rättegångsbalk som här är av intresse. Enligt RB kap 24 § 3 förordnades att ”all dom bör fästas på skäl och lag, och ej på godtycke”, men detta kom att tolkas så att lagen skulle vara det enda rättesnöret vid avgörandet av rättsfrågor. I regeringsformen från år 1809 (§ 47) stod att ”domstolarna allenast finge döma ”efter lag och laga stadgar”. Som en konsekvens av detta, samt p.g.a. viss påverkan från Code Civils Art. 5²³, ansåg sig domstolar ofta förhindrade att, när de fallerade vid användandet av ett lagrum, klargöra innehållet i den regel de menade sig ha tillämpat. Om det vidare inte fanns något lagrum att tillämpa blev det vanligt att man i underätterna (Sverige, Finland och Danmark), inte hänvisade till någon rättsregel alls.²⁴

Om denna förbehållsamma stil, samt om domskäl i övrigt, vittnar Louis De Geers klassiska artikel från 1853²⁵, vari han skriver:

”Vidare är man ense om, att ej anföra mer skäl än som behöfvast och framför allt ej andra än dem, som stödjast sig på samma grund, emedan eljest det ena skälet upphäfvast eller åtminstone försvagar det andra. Mindre odelade äro omdömena om domstolens förbehållsamhet att grunda sina

²² Jacob Sundberg. fr. Eddan t. Ekelöf, s. 150.

²³ De prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. Han icke ägde uttala sig rörande de rättsfrågor som var före i form av allmänna rättsgrundsatser (Sundbergs översättning). Se vidare Jacob Sundberg. fr. Eddan t. Ekelöf, s. 150.

²⁴ Rättsatserna lämnades *dolda* eller endast *antydde*. Se vidare Folke Schmidt SvJT 1961 s 485. Jacob Sundbergs notering. Jacob Sundberg. fr. Eddan t. Ekelöf, s. 151. (not 3).

²⁵ Tryckt första gången hos Schmidt & Comp. Christianstad 1853, men nytryckt och härvid ur SvJT 1953.

utsagor på öppet uttalade rättsgrundsatser. Äfven häri göras nemligen anspråk, att domaren jemväl skall vara rättslärare.”²⁶

2.2.2 Vägen mot en prejudikatlära

Det stora reformarbetet med att skapa ett utrymme för en prejudikatlära i Sverige initierades under 1800-talets andra hälft. Lustigt nog var det rent organisatoriska skäl inom HD, dvs. inte någon lagstiftning om domskäl, som borgade för dess framväxt. Genom att tillströmningen av mål till HD tilltog och arbetsbelastningen för justitieråden därmed också ökade, beslöts år 1860²⁷ att domstolen skulle delas i två delar och att antalet justitieråd skulle ökas. Kravet på att bedöma målen i ett enda stort kollegium försvann därmed. Trots att detta ökade domstolens kapacitet var situationen inte helt okomplicerad.

Justitieministern Carleson uttalade den 13 nov., år 1874:

*”I lagskipningen har länge visat sig en brist på enhet, som redan för tjugufem år tillbaka gjordes af rikets ständers ombudsman till föremål för offentlig uppmärksamhet, men vid den tiden endast föranledde ett bittert klander mot högsta domstolen och några fruktlösa försök att genom lagförklaringar förekomma vissa uppgifna skiljaktigheter vid lagens tillämpning. Från lagstiftningens sida har likväl ännu icke vidtagits ens ett försök att åstadkomma ett bättre förhållande, änskönt högsta domstolens ledamöter till antalet förökats och derjemte fördelats på två avdelningar, hvarigenom möjligheten af stridiga beslut från högsta instansen naturligtvis blifvit större än förut. I verkligheten torde sådana beslut vara vida färre än man i allmänhet föreställer sig, men det hafva ändock varit tillräckligt talrika att betaga högsta domstolens lagtolkning det inflytande på jurisprudensen som eljest skulle med rätt tillkomma den, och därigenom har händt att en stadgad jurisprudence i viktiga delar af rättsområdet numera saknas, hvilket oundvikligen medfört en störande inverkan på allmänna rättstillståndet.”*²⁸

²⁶ Louis De Geer. Om den juridiska stilen. SvJT 1953, s. 12.

²⁷ SFS 1860 nr 49 - Kongl. Maj:ts nådiga Stadga, angående Det högsta Domstols tjänstgöring på två afdelningar. § 1 reglerar delningen inom domstolen, och § 2 säger att de båda avdelningarna är lika behöriga att upptaga domstolens ärenden. Se SFS 1860 nr 49, s. 4.

²⁸ NJA II 1876 nr 3. Lagstiftningsåtgärder till befrämjande af enhet i rättskipningen, s. Of.

Skulden för den utvecklingen, fortsatte justitieministern:

”..tillskrifves gemenligen högsta domstolen; men ehuru det är onekligt, att enhet i högsta instansens lagskipning utgör ett lika nödvändigt villkor som verksamt medel för ernående af enhet i lagskipningen i allmänhet, har likväl hittills felet legat hufvudsakligast hos lagstiftningen, som, jemte det dem både direkt och indirekt fränkänt domstolsprejudikat all rättsverkan, förbjudit mer än hälften af högsta domstolens sexton ledamöter att på en gång delta i pröfningen af något mål.”²⁹

Detta resulterade i att det i realiteten fanns två högsta domstolar, ett problem man emellertid rådde bot på genom att införa möjligheten till plenum samma år.³⁰

Till detta skall läggas att reformen även innebar att man bemyndigade HD att för sin minnesbok formulera och anteckna ”tillämpade rättsgrundsatser”. Detta var förstas ett avsteg från den ordning som RF § 47 stadgade, nämligen att dömandet enbart skulle ske efter *lag*³¹ och efter *laga stadgar*³². Den nya ordningen tillät även att av HD antagna rättsgrundsatser tillämpades vid dömandet.³³

Tiden var emellertid ännu inte mogen för en prejudikatlära, och reformen från 1876 ansågs allmänt som ett slag i luften. Per Olof Ekelöf beskriver tidsandan i sin artikel *Den juridiska vetenskapens ställning och de juridiska*

²⁹ NJA II 1876 nr 3. Lagstiftningsåtgärder till befrämjande af enhet i rättskipningen, s. 1.

³⁰ Jacob Sundberg. fr. Eddan t. Ekelöf, s. 154. Justitierådet Lindhagen anför vid antagandet att: ”Visserligen kan här icke ens uppstå fråga om att, genom inskränkning af domarens rätt och pligt att döma efter lagen och sitt samvete, bekläda högsta domstolen med rätt att stadga prejudikater, som sedermera voro lagligen bindande; men högsta domstolen kan och bör genom öfvertygelsens och förtroendets magt utöfva ett moraliskt inflytande till enhet i lagskipningen både på sina egna ledamöter och andra domare”. Lindhagen fortsätter, och säger att: ”Ett sådant inflytande kan dock icke af ett lösbrutet fåtal af högsta domstolens ledamöter utöfvas så som genom domstolen i sin helhet; och häri ligger behovet för högsta domstolen af rättighet att sammanträda och besluta i plenum”. Se NJA 1876 II Nr. 3, s. 5.

³¹ Allmän lag och grundlag. C. A. Reuterskiöld. Sveriges Grundlagar med därtill hörande författningar och konstitutionell sedvanerätt samt vissa internationella öfverenskommelser m.m., s. 67.

³² Författningar som, utan att vara ”lag”, innehåller materiell ”lag” i enlighet med allmänna lagen samt som tillkommit i behörig ordning. C. A. Reuterskiöld. Sveriges Grundlagar med därtill hörande författningar och konstitutionell sedvanerätt samt vissa internationella öfverenskommelser m.m., s. 67.

³³ Jacob Sundberg. fr. Eddan t. Ekelöf, s. 154f.

*studiernas anordning i Sverige*³⁴, som "...åskådningen att domarens uppgift begränsar sig till att bedöma bevisning, läsa innantill i lagen samt ha känsla för vad som är rättvist och billigt i de fall, som komma under hans bedömande."³⁵

Detta visade sig inte minst i samtida juridiska avhandlingar, vari rättsfall mest användes i illustrativt syfte.³⁶ Ett exempel på tidsandan, är det J Hagströmer anför³⁷ vid sin installationsföreläsning som professor i straffrätt vid Uppsala universitet år 1889, där han bl.a. säger:

*"Någon källa till förpligtande rättsnormer är emellertid praxis icke. Derför att något ostridigt är praxis, är det ej sagdt, att det är gällande rätt, lika litet som derför att det är doktrinen enhälliga mening. Några utgångspunkter för det vetenskapliga arbetet kan således praxis ej lemna."*³⁸

Reuterskiöld instämmer i Hagströmers uppfattning, och anför för egen del:

*"I och för sig kan visserligen en rättspraxis, om än aldrig så stadgad och fast, icke blifva rättskälla i egentlig mening, lika litet som rättsdoktrinen: båda äro däremot hjälpmedel för rättstolkningen ej mindre än för rättskonstruktionen, och grunden härtill bör sökas däri, att båda äro verkliga uttryck för det aktuella allmänna rättsmedvetandet, det ena i teoretiskt, den andra i praktiskt afseende. En rättspraxis, som hänför sig till användningen af en gifven rättsats, innebär egentligen blott ett visst, mer eller mindre stadgadt, sätt att tolka och tillämpa denna rättsats eller öfver hufvud lagen. Men en sådan binder ej, så länge och så snart för domaren gäller såsom rättesnöre regeln i R. B. 1:11, att han "skall noga pröfva lagens rätta mening och grund och därefter döma", ty detta sker endast, om och när domaren är obunden af hvarje föregående tolkning och praxis."*³⁹

³⁴ Per Olof Eklöf. Aktuella spörsmål - Den juridiska vetenskapens ställning och de juridiska studiernas anordning i Sverige. SvJT 1945, s. 787.

³⁵ Per Olof Eklöf. Aktuella spörsmål - Den juridiska vetenskapens ställning och de juridiska studiernas anordning i Sverige. SvJT 1945, s. 789.

³⁶ Jacob Sundberg. fr. Eddan t. Eklöf, s. 156.

³⁷ J. Hagströmer. Om förhållandet emellan lagstiftning och vetenskap på den svenska straffrättens område. TfR 1889, s. 437.

³⁸ J. Hagströmer. Om förhållandet emellan lagstiftning och vetenskap på den svenska straffrättens område. TfR 1889, s. 462.

³⁹ C. A. Reuterskiöld. Lagskipning och Lagstiftning. Några synpunkter till läran om rättens källor. TfR 1902, s. 166.

2.2.3 1900-talet

Detta allmänna motstånd mot prejudikat försvann under 1900-talet, när prejudikaten åter fick ökat inflytande.⁴⁰ Vägen dit var emellertid inte helt smärtfri.

Sjögren gör åren 1916 och 1918 två inlägg i TfR, vilka förtjänar uppmärksamhet. I sin artikel *Domarmakt och rättsutveckling*,⁴¹ anför han, vad avser domarens rättsutvecklade verksamhet:

*”Alltifrån medlet av 1800-talet har också en dylik verksamhet ägt rum i stor omfattning. Karakteristiskt för denna verksamhet har varit, att den sökt och funnit sitt förnämsta stöd i de lagförslag, som då förelågo i färdigt skick, men aldrig blevo upphöjda till lag. De stora lagarbetena, som stannat vid blotta förslag, hava i mångt och mycket blivit gällande rätt i kraft av domstolarnas makt. Lagförslagen giva sig ofta ut för att endast fastställa härskande rättsuppfattningar, sakens natur eller dylikt, ändock att fråga är om verkliga nyheter. Här hava domstolarna satt in sin makt och bringat den nya rätten erkännande.”*⁴²

Två år tidigare, dvs. 1916, uttalade Sjögren viss skepsis mot att åberopa prejudikat i en doms skäl, och anför i sin artikel *Om domskäl i tvistemål*⁴³:

*”Mera betänkligt är det talrikt förekommande anförandet av prejudikat. Till försvar härför kan endast anföras, att sammanhanget i rättskipningen på detta sätt kommer till uttryck. Men alltför lätt uppstår skenet, att domstolens uppfattning icke blott överensstämmer med prejudikaten, utan grundar sig på dessa.”*⁴⁴

2.2.4 1947-års uppfattning

Under samma tid som nya RB trädde i kraft, ansågs HD:s avgöranden kunna ha speciell betydelse för dels den enhetliga rättstillämpningen, dels för den

⁴⁰ Aleksander Pecezenik. Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation, s. 240.

⁴¹ Wilhelm Sjögren. Domaremakten och rättsutveckling. TfR 1918, s. 325ff.

⁴² Wilhelm Sjögren. Domaremakten och rättsutveckling. TfR 1918, s. 335f.

⁴³ Wilhelm Sjögren. Om domskäl i tvistemål. TfR 1916, s. 28ff.

⁴⁴ Wilhelm Sjögren. Om domskäl i tvistemål. TfR 1916, s. 41.

enhetliga lagtolkningen. Emellertid verkade man inte ha ansett att HD:s avgöranden skulle vara direkt bindande för de lägre instanserna.⁴⁵

1947 riktade justiteombudsmannen kritik mot en domare i lägre instans, för att denne inte följde ett pleniavgörande från HD.⁴⁶ Fallet gällde i sak en man som sexuellt utnyttjade sin minderåriga fosterdotter. JO:s materiella kritik bestod i att domaren inte följt ett pleniavgörande rörande sättet att i vissa fall beräkna preskriptionstid.⁴⁷

JO anförde:

*”Vilken mening man än må hysa angående rätta innebörden av stadgandet i 13 § strafflagens promulgationslag samt angående tillåtligheten av att analogiskt tillämpa stadgandet på senare strafflagsändring torde ett av högsta domstolen i plenum med stor majoritet träffat avgörande böra utan vidare följas av underdomstolarna beträffande förhållanden av så utpräglad ordningsnatur som åtalspreskription.”*⁴⁸

Riksdagens första lagutskott bemötte det JO anförda. Först framförde utskottet att *JO:s uttalande, i sin kategoriska avfattning*, egentligen innebar ett avsteg från vad som ditintills ansågs vara den svenska rättens ståndpunkt.⁴⁹ Vidare anförde utskottet:

”Det är självfallet att högsta domstolens domar äga den allra största betydelse som vägledning för underrätterna, och i all synnerhet torde detta

⁴⁵ SOU 1986:1 Översyn av Rättegångsbalken 2 Högsta domstolen och rättsbildningen, s. 47.

⁴⁶ JO ämbetsberättelse 1947, s. 113. I sammanhanget bör det Bo Palmgren anför i sin artikel *Om nyttan av tjänsteåtal mot domare*, från 1945 nämnas. Palmgren anser att åtal mot domare, som inte följer prejudikat från högsta domstolen, under inga villkor får förekomma, då ”Våra domstolar ha att döma efter de erkända rättskällorna – lag och lagsed. För en domare kunna Högsta domstolens avgöranden vara en god ledning och ett gott stöd vid tillämpningen av rättsordningens bud. Men ingen domare får känna sig förpliktad att följa prejudikat – ingen domare bör ställas under åtal, om han tolkar lagen på annat sätt än Högsta domstolen. Ett hävdande av domarens självständighet kan visserligen leda till ojämnhet i rättstillämpningen. Men denna självständighet är dock av ett så grundläggande värde, att den icke får uppoftas för andra hänsyn. Omjämnheten bör i stället undanröjas så, att lagen ändras och förtydligas.” Bo Palmgren. *Om nyttan av tjänsteåtal mot domare*. JFFT 1945, s. 35.

⁴⁷ NJA 1941 s. 251.

⁴⁸ JO ämbetsberättelse 1947, s. 115.

⁴⁹ SOU 1986:1 Översyn av Rättegångsbalken 2 Högsta domstolen och rättsbildningen, s. 47.

*vara fallet med de avgöranden som träffas av högsta domstolen i plenum. Enligt utskottets mening bör man emellertid såsom allmän princip fasthålla vid den uppfattningen, att endast tyngden av de skäl som av högsta domstolen åberopas till motivering för domstolen bör vara avgörande för högsta domstolens inflytande på rättstillämpningen i de lägre instanserna".*⁵⁰

Detta anses vara upprinnelsen till tesen att prejudikat inte är bindande.⁵¹

Riksdagen godtog sedan detta uttalande från utskottet trots att det i första kammaren fanns ett uttalande som direkt gick emot utskottets yttrande. Med riksdagens utlåtande skulle egentligen vilken typ av domstol som helst kunna stå för prejudikatbildningen. Endast det faktum att justitieråden besitter en större skicklighet skulle ge HD dess särställning.⁵²

Vad var det då egentligen som hände 1947? Uttalandet att det endast är tyngden av de skäl som bör vara avgörande vad avser högsta domstolens inflytande på rättstillämpningen i de lägre instanserna, kan sägas stänga dörren för en prejudikatlära i Sverige. T.o.m. den prejudikatlära som fick sitt stöd i samband med 1876 års lagstiftning om plenum, sköts i sank. Sundberg t.ex., menar att uttalandet vred tillbaka klockan på ett sätt som inte stämde överens med den allmänna utvecklingen.⁵³

JO:s uttalande om skälens tyngd passerade emellertid inte förbi debatten helt obemärkt, utan 1955 uttalade Folke Schmidt följande:

"Den svenske domaren följer prejudikaten just därför att de härrör från Högsta domstolen. Detta gör han även när han menar att ett annat avgörande i och för sig skulle ha varit lämpligare. Endast om starka grunder talar för att han bör döma i saken på ett annat sätt än prejudikatet

⁵⁰ LU 1947:1, s. 4.

⁵¹ Aleksander Peczenik. Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation, s. 239.

⁵² SOU 1986:1 Översyn av Rättegångsbalken 2 Högsta domstolen och rättsbildningen, s. 47f.

⁵³ Jacob Sundberg. fr. Eddan t. Ekelöf, s. 257.

anvisar, aktualiseras frågan att pröva ”tyngden av de skäl som av högsta domstolen åberopats.”⁵⁴

Nya metoder vad bl.a. avser tolkningen av prejudikaten har diskuterats under de senaste decennierna i Sverige och en allmän uppfattning var att 1947 års ståndpunkt var passé. På sextiotalet var det en bland rättsvetenskapsmän uppfattning, att den svenska rättstillämpningen mer och mer gick mot en prejudikatbundenhet, vilket även är en utveckling som blivit tydligare under senare tid.⁵⁵

2.2.5 1971-års fullföljdsreform

Den egentliga bakgrunden till 71-års reform är kraven på rationalitet och likformighet inom rättstillämpningen. Förutsebarheten ökar, vad avser rättstillämpningen, genom tillämpningen av rättsregler. Hela utvecklingen krävde ett samspel mellan flera aktörer: lagstiftaren, de prejudikatbildande organen, de tillämpande organen och rättsvetenskapen.⁵⁶

I och med den s.k. fullföljdsreformen 1971 fick HD en utpräglad roll som prejudikatbildare. Departementschefen uttalade i sina allmänna synpunkter:

”Både från de enskilda medborgarnas och från det allmännas synpunkt är det angeläget att rättstillämpningen tillgodoser högt ställda anspråk på enhetlighet och konsekvens. Betydelsen härav ökar allteftersom lagstiftningen på grund av samhällsutvecklingen måste i större utsträckning än tidigare överlämna åt rättstillämpningen att göra komplicerade och ömtåliga avvägningar mellan olika intressen. 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 en prejudikatbildande verksamhet. I princip bör HD enligt min mening endast pröva sådana frågor som är av intresse från dessa synpunkter.”⁵⁷

⁵⁴ Folke Schmidt. Domaren som lagtolkare, s. 272.

⁵⁵ SOU 1986:1 Översyn av Rättegångsbalken 2 Högsta domstolen och rättsbildningen, s.48f.

⁵⁶ SOU 1986:1 Översyn av Rättegångsbalken 2 Högsta domstolen och rättsbildningen, s. 49.

⁵⁷ Prop. 1971:45, s. 83.

Med ovan citerade i åtanke skulle vi kunna sluta oss till följande. HD:s primära uppgift är att ge underrätterna vägledning för rättstillämpningen. Fullföljdsreglerna skall vidare vara utformade så att de ger HD största möjliga utrymme att bedriva en prejudikatbildande verksamhet. Vad som dock bör anmärkas är att man aldrig i 1971-års sammanhang uttalade sig om vad som egentligen avses med ett prejudikat.⁵⁸

Vad som däremot kom att diskuteras i sammanhanget, var frågan om prejudikats bindande verkan. I frågan anförde JO för det första att det egentligen inte var någon fråga av större praktisk betydelse, varefter JO dock påpekade att det *uppenbarligen inte [fanns] någon anledning antaga annat än att domstolarna i sin rättstillämpning också i fortsättningen kommer att följa de i HD:s praxis anvisade lösningarna*⁵⁹ - en viss förändring från 1947-års uppfattning kan börja skönjas.

Vad just avser 1971-års reform bör två uttalanden från Stig Strömholm noteras. Först uttalar han att prejudikat ännu endast har en "persuasiv" verkan, men ingen "auktoritativ". Strömholm anför:

*"Den allmänna innebörden får anses vara klar nog, men det måste samtidigt framhållas, att hänvisningen till "skälens tyngd" i praktiken ju inte kan innebära annat än att det är den berörde hovrätts- eller underrättsdomaren som har att avgöra om skälen är "tunga nog" och därmed att självständigt bedöma om han skall låta sig ledas av Högsta domstolen eller ej."*⁶⁰

Emellertid ser Strömholm en tendens hos domarskrået (samt inom rättsvetenskapen) att den rätta "graden av budenhet" är mycket långtgående (dvs. betydligt längre än vad som påpekades 1947). Kontentan torde vara att underrätterna är direkt skyldiga att följa HD om inte "domskälen i den

⁵⁸ SOU 1986:1 Översyn av Rättegångsbalken 2 Högsta domstolen och rättsbildningen, s. 49. Se även Stig Strömholm. En svensk prejudikatlära: behov och möjligheter. SvJT 1984, s. 935, angående prejudikats bindande verkan för underrätterna i samband med att denne resonerar kring 1971-års fullföljdsreform.

⁵⁹ Prop. 1971:45, s. 92.

⁶⁰ Stig Strömholm. En svensk prejudikatlära: behov och möjligheter. SvJT 1984, s. 935.

högsta instansens avgörande på anförda skäl – påvisbart misstag i sak- eller rättsbedömning, klart förändrade yttre förhållande eller klart belagd värderingsförändring – visas ”väga” påtagligt ”lätt”.⁶¹

Det skall till slut noteras att sådana avgöranden av underrätter, som står i uppenbar strid med klar och stabil rättspraxis (företrädesvis från HD), bör kunna aktualisera skadeståndsansvar för staten, under förutsättning att prejudikatet framstår som auktoritativt, dvs. att det inte har förlorat sin tyngd genom utvecklingen i övrigt på samma eller på tangerande rättsområden, eller ha utsatts för kritik inom litteraturen. En förutsättning för skadestånd skall härvid vara att den enskilde saknar skäl att anta att domstolen skulle döma som den gjort.⁶²

Om vi antar den motsatta situationen, dvs. att ett avgörande går tvärt emot den meningen som litteraturen anför, men som följer förarbeten eller praxis, torde detta inte vara en grund för skadeståndsskyldighet för staten, då doktrinen ställning inte är så stark i Sverige, och den enskilde därför ej kan förvänta sig en bedömning i enlighet därmed.⁶³

2.2.6 Perioden efter 1971-års fullföljdsreform

Den utveckling som skett mellan 1971 års fullföljdsreform och idag på prejudikatområdet har inte helt motsvarat rimliga förväntningar. En orsak till detta har varit att HD:s arbetssituation varit högst besvärande. Istället för att helhjärtat kunna ägna sig åt frågor av prejudikatintresse, har den mesta av

HD:s tid gått åt till dispensfrågor (då utan prejudikatintresse), och åt mål

⁶¹ Stig Strömholm. En svensk prejudikatlära: behov och möjligheter. SvJT 1984, s. 935. ”Även om 1947 års utskottsutlåtande sålunda, trots den auktoritet som det rimligtvis bör erkännas, nog måste korrigeras något, kvarstår dock den generella principen, att domstolarna inte är formellt eller principiellt bundna av Högsta domstolens ställningstaganden som sådana.” Stig Strömholm. En svensk prejudikatlära: behov och möjligheter. SvJT 1984, s. 935.

⁶² Bertil Bengtsson. Om ansvar för fel i domstolsverksamhet enligt skadeståndsalgen, s. 98f.

⁶³ Bertil Bengtsson. Om ansvar för fel i domstolsverksamhet enligt skadeståndsalgen, s. 99.

som anhängiggjorts genom s.k. extraordinära rättsmedel.⁶⁴

Strömholm m.fl. menar trots detta, att den utformning som HD börjat ge enskilda avgöranden vittnar om en fastare strävan mot prejudikatbildning, än vad som tidigare var fallet:

”Tesen är, i all enkelhet, att denna domstol, som ofta betecknats såsom inte blott utpräglad försiktig i sitt dömande utan även – och det är detta som framförallt är av intresse – obenägen att öppet och utförligt redovisa grunderna för sina avgörande under det senaste årtiondet i viktiga hänseenden förändrat sin domstil och sin argumentationsteknik i riktning mot väsentligt större öppenhet och utförlighet.”⁶⁵

Medan det tidigare hände att justitieråd öppet deklarerade att HD:s domar var skrivna för de lagsökande parterna, dvs. inte för prejudikatssökande lagfarna, är situationen idag annorlunda. Detta kan på sikt bl.a. leda till att underrätterna känner sig mera bundna av prejudikaten.⁶⁶

Det förefaller alltså finnas en strävan efter för rättskipningen mer vägledande motiveringar, vilken dessvärre dämpats p.g.a. HD:s arbetsbörda.⁶⁷

2.3 Den allmänna uppfattningen om prejudikats ställning i rättskällevärdet

Prejudikaten tillhör följaktligen en av våra rättskällor. I Sverige är följande rättskällevärde acceptabelt inom rättskällevärdet:⁶⁸

⁶⁴ SOU 1986:1 Översyn av Rättegångsbalken 2 Högsta domstolen och rättsbildningen, s. 49.

⁶⁵ Stig Strömholm. En stillsam revolution – utvecklingstendenser i den svenska Högsta domstolens argumentationsteknik efter 1971 års fullföljdsreform, s. 653.

⁶⁶ SOU 1986:1 Översyn av Rättegångsbalken 2 Högsta domstolen och rättsbildningen, s. 50.

⁶⁷ Lars Welamson. Några synpunkter på HD:s verksamhet efter 1971 års fullföljdsreform, s. 618.

⁶⁸ Sammanställningen bygger på Peczenik. Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation, s. 232.

- a) De avgörande som kommer från de högsta domstolsinstanserna (HD:s, RegR:s, AD:s och MD:s) *bör* beaktas som auktoritetsskäl i de fall som väsentligen liknar varandra. Detta gäller såväl i rättspraxis som i rättsvetenskapen.
- b) De avgörande som kommer från mellandomstolarna såsom kammarrätterna och hovrätterna etc., *får* åberopas som auktoritetsskäl i all juridisk argumentation i de fall som väsentligen liknar varandra.
- c) Avslutningsvis *bör* mellandomstolarnas avgöranden, vilka åberopats som auktoritetsskäl i framtiden, i de fall som väsentligen liknar varandra, åberopas framför den domstol som en gång fällde avgörandet. Detta gäller även i rättsvetenskapen.

Det skall dock poängteras att det inte finns någon direkt plikt – dvs. uttrycklig bestämmelse – som anger att rättsbildningens utveckling delvis skall ske genom domstolsavgöranden. Ett undantag från detta är RB:s kap. 54 § 10, som tar sikte på det s.k. prövningstillståndet.⁶⁹

Det råder oenighet inom doktrinen vad gäller prejudikatsbegreppets centrala frågeställningar. Oenigheterna avser dels terminologiska frågor, dels sakliga. Det får emellertid anses klart att prejudikatbegreppet i princip hänför sig till rättsfrågan i målet, dvs. ej till sakfrågan. Prejudikaten brukar ses som gällande den enhetliga lagtolkningen och rättstillämpningen och av RB kap. 3 § 5 framgår tydligt att en avdelning inom HD inte tillåts frångå en av dem tidigare antagen rättsgrundsats eller lagtolkning. Vad rättsvetenskapen är oense om är vilka avgöranden som skall anses utgöra prejudikat samt vilken betydelse dessa sedan skall anses ha i domstolsprocessen.⁷⁰

⁶⁹ SOU 1986:1 Översyn av Rättegångsbalken 2 Högsta domstolen och rättsbildningen, s. 47.

⁷⁰ SOU 1986:1 Översyn av Rättegångsbalken 2 Högsta domstolen och rättsbildningen, s. 47. Medan en del författare använder prejudikatbegreppet i rent deskriptiv betydelse (dvs. utan att ge de några normativa hänvisning), av ett tidigare domstolsavgörande, använder andra författare i en normativ t.o.m. värdeladdad betydelse. SOU 1986:1 Översyn av Rättegångsbalken 2 Högsta domstolen och rättsbildningen, s. 47.

3 HD:s prejudikatbildning

Den utveckling av rättstillämpningen som vi ovan kunnat följa har i första rummet krävts av skälen *rationalitet* och *likformighet*. Man skulle kunna uttrycka det så att prejudikaten ökar förutsebarheten vid rättstillämpningen. Det förtjänar att påpekas att utvecklingen inte skett på helt samma sätt inom alla de juridiska disciplinerna. Prejudikatbundenheten varierar därför mellan olika juridiska frågor.⁷¹

Vad är det då som kan sägas utmärka ett prejudikat och som gör HD:s ställning så unik? Ett första kännetecken är att man med en eller annan metod kan läsa ut någon form av rättsnorm i avgörandet. Vidare krävs att avgörandet har en så auktoritativ karaktär, att man med säkerhet kan veta att den etablerade normen upprätthålls av medborgare, eller av myndigheter, i deras framtida handlande.⁷² Hellner anför att *med prejudikat menar man ett avgörande som betraktas som vägledande eller bindande för framtiden*.⁷³

En central skillnad mellan den slags prejudikateffekt som ett uttalande i vardagslivets formlöshet kan få, och de som här diskuteras, är att prejudikaten inom juridiken följer mer eller mindre bestämda regler. Domstolar, myndigheter etc., tar regelmässigt hänsyn till tidigare avgörande, för att inte göra sig skyldiga till godtycke.⁷⁴

Inledningsvis bör vidare nämnas, att det finns ett flertal rättsområden där det råder s.k. prejudikattorka – parterna vänder sig helt enkelt inte till domstol i vissa typer av fall, utan väljer istället att hänskjuta tvisten till skiljemän. Ett exempel är stora affärsrättsliga tvister, där parterna ofta inte önskar sig den

⁷¹ SOU 1986:1 Översyn av Rättegångsbalken 2 Högsta domstolen och rättsbildningen, s. 49.

⁷² SOU 1986:1 Översyn av Rättegångsbalken 2 Högsta domstolen och rättsbildningen, s. 50.

⁷³ Jan Hellner. Rättsteori, s. 93.

⁷⁴ Jan Hellner. Rättsteori, s. 93.

offentlighet en process ofta innebär, samt vill få tvisten avgjord snabbare än i domstol. Det händer dock att vissa skiljedomsrättsliga avgöranden publiceras (t.ex. i Juridisk tidskrift – JT).⁷⁵

3.1 Bakgrund

Att tillämpa en specifik lagregel kan ofta vålla problem för både domstolar och den enskilde rättstillämparen. Problemen kan vara av högst skiftande karaktär, men ett mycket centralt problem, såväl för domstolen som för den enskilde rättstillämparen, är frågan huruvida en viss lagregel är tillämplig i det enskilda fallet – detta gäller i synnerhet då rättsregeln innehåller ett eller flera vaga uttryck. Den enskilde och domstolen är då hänvisade till dels förarbetena, dels till praxis, för att finna lösningarna på sina juridiska spörsmål.⁷⁶

När en domstol tolkat den aktuella lagregeln och tillämpat den på det konkreta fallet, kan detta avgörande bli ett prejudikat. Förutom vad gäller tillämpningen av lag, förekommer prejudikat på områden där lagstiftning saknas.⁷⁷

Prejudikat syftar till att vara vägledande för domstolarna vid dess rättstillämpning och får förstås samma funktion för den enskilde rättstillämparen när denne söker svar på juridiska frågor. Man måste emellertid komma ihåg åtminstone tre saker vid tillämpningen av prejudikat vad avser rättsfrågor; *domskälens sakliga tyngd*, *avgörandets ålder*, samt *från vilken domstol inom hierarkin* som prejudikatet kommer. Dessa tre faktorer spelar alla en viss roll vad avser prejudikatets räckvidd och värde. Det är endast de högsta instanserna som anses utgöra prejudikatsinstanser (t.ex. Högsta domstolen (HD), Regeringsrätten (RegR), Arbetsdomstolen (AD) samt Marknadsdomstolen (MD)). Det skall i detta sammanhang

⁷⁵ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 123.

⁷⁶ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 117.

åtminstone nämnas att det inte finns någon lagstadgad skyldighet för underrätterna att följa de principer som överätterna slagit fast – prejudikatbundenheten anses alltså, vilket tidigare nämnts, vara relativ, inte absolut.⁷⁸

3.2 Praxis⁷⁹

Uttrycket *praxis* (i fråga om rättsfall) är inte bara ett uttryck för prejudikat, utan utgör ett samlingsbegrepp. Detta samlingsbegrepp innefattar även avgöranden från tingsrätterna och hovrätterna. Vad gäller underrätternas avgöranden, etablerar de sig som *praxis*, i de fall de antingen ensamma, eller tillsammans med andra avgöranden, ger uttryck för en principiell bedömning.⁸⁰

Tingsrätterna följer som regel den *praxis* som etablerats genom hovrätterna (det är inte helt ovanligt att publicerade avgöranden från hovrätterna får en avsevärd genomslagskraft), medan hovrätterna själva verkar känna sig mindre bundna av sina publicerade avgöranden. Avslutningsvis förekommer det att skiftande *praxis* i mindre viktiga frågor (t.ex. förfarandet och straffmätningen) utvecklas vid olika underrätter.⁸¹

Mot detta kan man anföra att det är en klar brist i rättstillämpningen när geografisk spridning naggar dess enhetlighet och förutsägbarhet i kanten. Det är stötande för rättskänslan om påföljds*praxis* varierar om man t.ex. kör rattfull i Skåne, respektive Stockholm.

⁷⁷ Vad gäller de rättsområden det saknas lagstiftning, kan detta kan förstås leda till diverse problem. Förutsebarheten bör nämnas redan här.

⁷⁸ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 117.

⁷⁹ Per definition (grek., ”handling”, ”gärning”, av pra´ssos ”göra”, ”handla”, ”uträtta”), sedvana, handling, tradition; används på delvis skilda sätt i bl.a. beteendevetenskapen, samhällsvetenskapen och filosofin om individens eller gruppens handlande i anpassning till omgivningen. NE – *praxis*.

⁸⁰ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 118.

⁸¹ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 118.

3.3 Prejudikatens roll

Prejudikat är alltså inte juridiskt bindande. De beaktas dock i den juridiska argumentationen såsom auktoritetsskäl. Trots detta följs som regel prejudikaten inom svensk rättspraxis, och har vidare stor betydelse för rättsvetenskapen. Endast vid få tillfällen går en underrätt mot ett prejudikat – då ofta för att ge överrätten möjlighet att ändra sin uppfattning.⁸²

Det finns emellertid regler som reglerar prejudikatens roll i den svenska rättskälleläran. Störst roll härvid torde RB:s kap. 54 § 10 spela, vari det s.k. *prövningstillståndet* stadgas. Ävenså spelar RB:s kap 3 § 5 – möjligheten till *plenarsammanträde* – en stor roll. Jag återkommer till de båda stadgandena.

3.3.1 Publiceringen av HD:s avgöranden i NJA:rubrikens betydelse

HD:s avgöranden publiceras genom att refereras i Nytt juridiskt arkiv (NJA) sedan 1874. Det kan hävdas att det är i rubrikerna till avgörandena som prejudikatets omfattning och räckvidd framgår. Bakom prejudikatets rubrik står hela den avdelning som dömt i målet, och inte sällan läggs det ner ett mödosamt arbete på att exakt i rubriken formulera det som avdelningen anser skall vara prejudicerande.⁸³ Det finns flera metoder att formulera referatrubriken.

Enligt en metod som börjar bli allt vanligare, uttrycks de i rättsfallet funna rättsatserna så att bilden av prejudikatet blir mera lättfattlig, varvid rubriken får ett betydande juridiskt egenvärde. När det gäller bevis- eller skälighetsbedömningar, går det endast i undantagsfall att formulera referatets rubrik på detta sätt. I de fallen kan rubriken endast tolkas *mot*

⁸² Aleksander Peczenik. Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation, s. 239.

⁸³ SOU 1986:1 Översyn av Rättegångsbalken 2 Högsta domstolen och rättsbildningen, s. 51.

*bakgrund av själva HD-avgörandena som under angivna betingelser ofta får karaktär endast av en auktoritativ samling av argument.*⁸⁴

Ett par ord bör också sägas om domstolars skrivsätt. Medan det tidigare ansågs komplicerat och en konst att läsa (dvs. att analysera och förstå) domar (bl.a. eftersom domen var skriven i en enda mening som började med ”Enär...”, med angivande av de för domstolen relevanta fakta. Den lagsökande var därför tvungen att läsa domen indirekt, för att kunna dra slutsatser om den rättsregel som legat till grund för domslutet). Idag räcker det ofta att läsa HD:s dom (vars utformning väsentligen har förändrats), som tillsammans med rättsfallets rubrik ger tillräcklig hänvisning om vilken princip som tillämpats. För en noggrannare studie bör förstås hela rättsfallet läsas.⁸⁵

Ett undantag är fall som rör culpabedömningar och beviskrav, där man först efter att ha gjort sammanställningar av dels uttalanden om det särskilda fallet, dels av allmänna uttalanden, kan dra några slutsatser om vad domstolen ansett betydelsefullt.⁸⁶

Att notera är att den utredning som revisionssekreteraren gör, ofta inte bara är en allmän utredning av rättsfrågan innan HD:s dom presenteras, utan även tecknar en tänkbar linje för framtiden - HD kanske väljer en annan linje i just detta avgörande.⁸⁷

3.3.2 När har ett avgörande prejudikatvärde – tre situationer

Det förekommer viss begreppsförvirring vad avser frågan om ett avgörande har prejudikatvärde. Att tala om förvirring är kanske inte helt rättvisande

⁸⁴ SOU 1986:1 Översyn av Rättegångsbalken 2 Högsta domstolen och rättsbildningen, s. 51. Se även Stig Strömholm. En svensk prejudikatlära: behov och möjligheter. SvJT 1984, s. 944.

⁸⁵ Jan Hellner. Rättsteori, s. 97f.

⁸⁶ Jan Hellner. Rättsteori, s. 100.

⁸⁷ Jan Hellner. Rättsteori, s. 98.

och korrekt. Det är snarare så att med begreppet prejudikatvärde vad avser ett avgörande, kan avses olika saker; *det normativa prejudikatbegreppet, olika subjektiva uppfattningar och avgöranden med faktiskt genomslagskraft*. Följande uppdelning måste därför göras:⁸⁸

a) Det normativa prejudikatbegreppet, dvs. det prejudikatsystem som lagstiftaren eftersträvat genom lag och motiv.

Vad gäller det av lagstiftaren tänkta systemet uttalade departementschefen:

*”Både från de enskilda medborgarnas och från det allmännas synpunkt är det angeläget att rättstillämpningen tillgodoser högt ställda anspråk på enhetlighet och konsekvens. Betydelsen härav ökar allteftersom lagstiftningen på grund av samhällsutvecklingen måste i större utsträckning än tidigare överlämnat åt rättstillämpningen att göra komplicerade och ömtåliga avvägningar mellan olika intressen. 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 en prejudikatbildande verksamhet.”*⁸⁹

Det var i samband med att HD gjordes till en renodlad prejudikatinstans man uttalade detta i motiven och HD huvudsakliga uppgift blev härmed att lämna underrätterna vägledning för rättstillämpningens enhetlighet och för att den skulle vara konsekvent.⁹⁰

Vidare anför Bergholtz att ”klart är att prejudikatfunktionen i stora delar är uttryck för likabehandlingsprincipen och vidare sammanfaller i prejudikatet delvis tidigare utredda funktioner – främst offentlighet och integration samt samordning och tolkning”.⁹¹

De högsta instansernas uppgifter är alltså att ge underrätterna vägledning vid rättstillämpningen så att denna blir enhetlig och konsekvent. Vägledningen torde i första hand avse svåra och komplicerade fall. Ur allmänhetens

⁸⁸ Indelningen bygger på Lars Heuman. Rättspraxis, s. 117.

⁸⁹ Prop. 1971:45, s. 83.

⁹⁰ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 117.

⁹¹ Gunnar Bergholtz. Ratio et Auctoritas, s. 397.

synvinkel torde detta skapa en solid trygghet och framförallt förutsebarhet, men även borga för likabehandling.

b) I vissa fall syftar man på olika subjektiva uppfattningar hos t.ex. rättsvetenskapsmän och justitieråd.

Utgångspunkten för denna uppfattning är det sätt varpå HD publicerat sina avgöranden. Två vägar finns att tillgå för detta: Antingen sker publiceringen som ett *referatfall* eller sker den som ett *notisfall*. Medan referatfallen redovisas mycket utförligt och anses ha ett mycket högt prejudikatvärde, anmärks endast notisfallen kortfattat, då med lågt, eller med inget prejudikatvärde alls.

Den fingervisning som alltså kan anses följa med det sätt varpå ett avgörande publiceras visar justitierådets uppfattning i prejudikatfrågan, dvs. huruvida avgörandet är av principiell vikt eller i övrigt skall anses såsom vägledande.⁹²

Publiceringsformen kan alltså sägas ge en anvisning om utrymmet inom, likväl som utom HD. Till detta ställningstagande lyssnar dock varken rättsvetenskapen eller allmänheten i övrigt. Mellan rättsvetenskapsmännen och justitieråden kan det alltså uppstå delade meningar om ett avgörandes betydelse.

Anta å ena sidan att rättsvetenskapsmännen behandlar ett notisfall som ett prejudikat, dvs. med mycket högt prejudikatvärde eller, å andra sidan, menar att ett av HD utpekat referatfall inte alls skall tillmätas lika långtgående effekter som justitieråden anser. Vid en tvist som denna bör HD:s funktion fälla avgörandet och det normativa prejudikatbegreppet principiellt stå i förgrunden. Med detta är dock inte sagt att det som rättsvetenskapen kanske pekar på i domskälen till ett avgörande helt skall lämnats utan avseende. Detta torde i synnerhet gälla då HD i sina skäl anför argumenteringar i

frågor som inte tidigare behandlats i praxis. Detta är dock inte samma sak som att tillmäta ett fall prejudikatvärde (Se vidare nedan angående Ratio decidendi och Obiter dicta).

Av avgörande betydelse för prejudikats räckvidd är alltså den publiceringsform HD valt samtidigt som rättsvetenskapsmännens uppfattningar inte bör lämnas helt utan avseende. Rättsvetenskapsmännens uttalanden i åtminstone de fall då domskälens räckvidd öppnar för alternativa slutsatser gynnar den juridiska debatten.

c) Det förekommer även att man med prejudikat endast avser de avgöranden som får faktisk genomslagskraft.

Huruvida ett prejudikat får faktisk genomslagskraft eller inte, beror i praktiken varken på den publiceringsform justitieråden valt eller deras uppfattningar i övrigt i frågan om falllets prejudikatvärde. Likaväl som att ett referatfall kan anses som överspelat genom ny lagstiftning på likvärdiga områden, kan det komma att kritiseras och anses föråldrat i övrigt. Som en konsekvens av detta följer domstolarna inte dessa avgöranden. Samma effekt kan ett avgörande som hårt kritiserats av rättsvetenskapen få på domstolarna. Vidare kan det vara så att både notisfall och fall från hovrätterna kan få en avsevärd genomslagskraft.⁹³ Exempelvis kan fall som publiceras i juridiska tidskrifter eller i akademiska avhandlingar, avseende frågor som visats ringa eller ingen uppmärksamhet i andra sammanhang, få genomslagskraft.⁹⁴ HD:s funktion, samt dess auktoritativa karaktär, är alltså inte helt problemfri.

⁹² Lars Heuman. Rättspraxis, s. 117f.

⁹³ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 118.

⁹⁴ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 118.

3.4 Domskäl

När jag så småningom kommer till det rättsskapande momentet, vittnar just detta om domstolens möjlighet att själv sätta sin prägel på domen, forma vissa värderingar samt att nydana rätten. Min poäng härvid är att det är av yttersta vikt vad som sägs, samt t.o.m. vad som inte sägs, i domskälen till en dom. Detta i synnerhet som det inte går att föra talan mot enbart domskälen (fullföljd måste avse domslutet, inte enbart yttranden/motiveringar i domskälen).⁹⁵

3.4.1 Allmänt om domskäl

Domskälen utgörs av motiveringen för domslutet. Det är domstolen som har att bedöma vad som bör, eller vad som inte bör, finnas med bland domskälen.⁹⁶

Domskälens utveckling innan och efter 1947, och efter 1971 kan sammanfattas enligt följande. I äldre tider utformades domskälen ganska kortfattat. Detta innebar att det var svårt att utläsa både vilken räckvidd domslutet hade och vilka skäl som låg bakom det. Vanligt var att endast i målet fastslagna fakta angavs, varpå sedan en slutsats följde. Någon generell slutsats skapades sällan. Utvecklingen har därefter gått mot att domskälen utförligare redovisat faktiska förhållanden och, öppnare och mera inträngande argumenteringar, vad avser analyser av de rättsliga förhållandena, har även införts. Perioden präglades dock som helhet av att

⁹⁵ Gunnar Bergholtz. Diffamerande uttalanden i domskäl – Några reflexioner med anledning av den s.k. styckmordsrättegången, s. 27. Den processrättsliga grundsatsen att talan mot endast skälen i en underinstans dom inte är möjligt, är av äldre datum. I NJA 1877 s. 307 (sida 307 i domen nederst) sägs det att: ”..förda klagan, som icke åsyftade någon ändring i domslutet, ej förtjena afseende...”, och i NJA 1980 s. 179 (sida 181 i domen) sägs att: ”Som allmän princip inom processrätten gäller att part inte får fullfölja talan mot domstolens avgörande, om den talan som förts mot parten har ogillats. Detta gäller även om så har skett med en motivering som parterna finner oförmånlig i ett eller annat avseende. Regeln kan också uttryckas så, att klagan över enbart domskälen inte är tillåten.” Se även Gunnar Bergholtz. Ratio et Auctoritas, s. 151f.

⁹⁶ Gunnar Bergholtz. Diffamerande uttalanden i domskäl – Några reflexioner med anledning av den s.k. styckmordsrättegången, s. 25.

det var svårt att avgöra vilka fakta som var relevanta, samt huruvida fallet gav uttryck för en allmän rättsgrundsats. Rättsfallen tolkades aktivt, konstruktivt och med försiktighet. Efter 1970 kom ett trendbrott, vilket innebar att domskälen i HD:s domar blev mer utförliga, vilket innebar att HD arbetade för att göra principiella uttalanden. De principiella uttalandena läggs sedan till grund för bedömningar i enskilda fall – *den uppställda allmänna rättsatsen belyses och konkretiseras således genom HD:s bedömning av det föreliggande fallet.*⁹⁷

Enligt RB:s kap. 30 § 5 stycket 1 punkten 5 skall en dom innehålla *domskäl med uppgift om vad som är bevisat i målet*. Bergholtz framhåller att domskälen bl. a. skall *fylla allmänna krav på relevans, saklighet och läsbarhet.*⁹⁸ Även JO har haft anledning att redogöra för sin uppfattning ifråga om domskälens utformning i allmänhet.⁹⁹

JO börjar med att anföra att det föreligger vissa begränsningar vad avser JO:s tillsyn över den dömande verksamheten, vilket av såväl praktiska som principiella skäl gjort att JO sedan lång tid tillbaka varit återhållsam med att kommentera skälen i domstolsavgöranden. Emellertid fann JO att det var motiverat att yppa ett par ord vad gällde skälen i två avgöranden från LR, varvid denne även uttalade sig i allmänhet.¹⁰⁰

JO anför att utgångspunkten är att det varken i lag eller författning finns reglerat hur de skäl som bestämt utgången i ett mål skall vara utformade.

⁹⁷ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 130.

⁹⁸ Gunnar Bergholtz. Diffamerande uttalanden i domskäl – Några reflexioner med anledning av den s.k. styckmordsrättegången, s. 25.

⁹⁹ Se JO:s ämbetsberättelse 1984/85, s. 410. Olämpligt skrivsätt i en dom av en länsrätt. JO har dessutom vid två tidigare tillfällen berört problematiken vad avser domskälens innehåll: Vid användandet av uttrycksätt såsom ”Särskilda skäl”, bör det även framgå vad särskilda skäl innebär (Se JO:s ämbetsberättelse 1961 – 62 (62), s. 145 punkten), samt skall det i brottmålsdomar klart framgå dels vad som är styrkt, dels vad som ogillats i förhållande till åklagarens gärningsbeskrivning (Se JO:s ämbetsberättelse 1973, s. 105).

¹⁰⁰ JO:s ämbetsberättelse 1984/85, s. 411.

Det föreligger med detta ett relativt rymligt spelrum för de som författar en domskäl. Oavsett detta, dvs. att det saknas formella regler, poängterar JO att det inte föreligger någon obegränsad frihet vid författandet.¹⁰¹

Vad skälen skall innehålla – s.k. minimikrav - är vad som är utrett i målet, vilka rättsregler som de funnits tillämpliga. Dessutom skall domskälen *erforderlig utsträckning redovisa rättens värderingar, överväganden och slutledningar*.¹⁰²

Emellertid anser JO att man gentemot de s.k. minimikraven skall uppställa vissa begränsningar för vad som får skrivas i en dom. Givetvis får sådant som inte har någon betydelse för utgången i målet inte finnas med bland domskälen. Exempelvis har domaren ingen möjlighet att uttrycka eventuellt missnöje med någon av parterna i domen. JO fortsätter dock och ger denna möjlighet vad avser negativa uttalanden om part, om de är ett nödvändigt led för att motivera utgången i målet. För att allmänheten skall ha förtroende för domstolarna krävs det att domstolarna är försiktiga vid sin bedömning av vad som är nödvändigt att anföra i motiven till en dom, avslutar JO.¹⁰³

Även Justitiekanslern har uttalat sig om domskäl, detta med anledning av den s.k. styckmordsrättegången.¹⁰⁴ Bl.a. berördes problematiken med om det

¹⁰¹ JO:s ämbetsberättelse 1984/85, s. 411.

¹⁰² JO:s ämbetsberättelse 1984/85, s. 411.

¹⁰³ JO:s ämbetsberättelse 1984/85, s. 411f.

¹⁰⁴ Styckmordsrättegången handlade i korthet om följande: Två läkare åtalades för mordet på en kvinnlig prostituerad som hittats styckad i två sopsäckar. Tingsrätten friade de båda läkarna för brottet, men fortsatte sitt utredande (dvs. skrev i sina domskäl) vidare, och att *det vid en samlad bedömning av vad som upptagits fann ställt utom allt rimligt tvivel att de båda läkarna tillsammans och i närvaro av den enes dotter styckat kvinnans kropp*. Man påpekar även att detta är ett brott mot griftefriden och att åklagaren inte väckt åtal mot detta, som f.ö. är ett preskriberat brott. Hovrätten avvisar sedan ett överklagande från de båda läkarna, då detta endast avsåg uttalanden angående domskälen. Man påpekar förvisso i hovrätten att uttalandet *inte varit nödvändigt för den frikännande domen*. Därefter vägrar HD prövningstillstånd och domen vinner laga kraft. Socialstyrelsen gjorde därefter en anmälan till sjukvårdens ansvarsnämnd, vari man ville att deras respektive legitimationer skulle dras in (då de undergrävt den tillit som allmänheten skall kunna hysa för legitimerade yrkesutövare), vilket HSN också gjorde. Målet drevs sedan igenom både kammarrätten och regeringsrätten. Se vidare Gunnar Bergholtz. Diffamerande uttalanden i domskäl – Några reflexioner med anledning av den s.k. styckmordsrättegången, sidorna 19-34. Diskussionen om denna rättegång är knappast avslutad.

över huvud var lämpligt av tingsrätten att uttrycka sig som den gjort i domskälen avseende styckningen. Justitiekanslern anför först:

”Enligt min mening kan en domstol inte överblicka vilka rättsverkningar eller effekter i övrigt som en brottmålsdom kan få på andra områden”, vilket alltså får anses vara utgångspunkten.”

Justitiekanslern fortsätter och säger:

”Emellertid innebär detta att domstolen bör visa försiktighet beträffande uttalanden som inte har direkt betydelse för själva avgörandet. Inte minst gäller detta chikanerande uttalanden som kan misstänkas vara oförmånliga eller eljest negativa för den tilltalade.”

JK understryker alltså att viss försiktighet bör tillämpas vad avser för målet ej relevanta upplysningar i domskälen. Detta i synnerhet när uttalandena är oförmånliga, eller i övrigt negativa för den tilltalade.¹⁰⁵

3.4.1.1 Varför domar bör motiveras

Domskälen är nyckeln till prejudikaten. Det är just bland skälen till en dom man finner den motivering som ligger till grund för avgörandet. Men varför bör egentligen domar motiveras?

Följande argument talar för det moderna samhällets krav på utförliga och generella domskäl.¹⁰⁶

- Medan gårdagens medborgare var präglade av auktoritetstro, accepterar dagens medborgare inte att få en dom å Guds, konungens eller folkets vägnar. Dagens medborgare vill *ha omedelbar tillgång till generella och utförliga skäl*, vilka visar att domen är korrekt.

¹⁰⁵ Gunnar Bergholtz. Diffamerande uttalanden i domskäl – Några reflexioner med anledning av den s.k. styckmordsrättegången, s. 24.

¹⁰⁶ Sammanställningen bygger på Aleksander Peczenik. Juridisk argumentation – en lärobok, s. 139f.

- När domar motiverats utförligt och generellt kan detta sägas vara en garanti för överensstämmelse mellan rättspraxis och lagen, vilket gynnar demokratin, eftersom en demokrati endast kan fungera då *den lagstiftande församlingens beslut blir normerande för rättspraxis*.
- En dom som är utförligt motiverad kan kontrolleras. Dvs. om grunderna för domslutet direkt framgår, vet man även hur domen skall/kan kritiseras. Att en dom kontrolleras innebär att den blir mer objektiv, vilket i sin tur gynnar rätts säkerheten. Även för domarens del är detta fördelaktigt, då en utförligt motiverad dom är lättare att granska vad avser dess korrekthet, än den dom som inte är det.
- Det är även så att *ordningen och sammanhanget i regelsystem gynnas*, om domar motiveras utförligt. Om domar motiveras på ett öppet sätt och därmed kan kritiseras, men inte kullkastas av kritiken, erhåller de stor tyngd som prejudikat. Om domarnas motiveringar vidare är generella, blir prejudikatet i stor utsträckning vägledande.
- En utförligt motiverad generell dom är även partsvänlig. Det är med andra ord lättare för parterna att avgöra om domen bör överklagas med en befogad rättelse, om domen är utförligt motiverad.

3.5 Omröstnings- och enhällighetsprejudikat

Det påpekas emellanåt att sådana HD-avgöranden som uppstått efter en omröstning skulle ha lägre värde såsom vägledande prejudikat, än sådana som tillkommit i en enig HD. Detta gäller i synnerhet de avgöranden som tillkommit efter röstsiffrorna tre mot två. Den uppfattningen torde vara felaktig. T.ex. är en HD-avdelnings bundenhet av ett prejudikat inte beroende av om man röstat eller inte.¹⁰⁷

¹⁰⁷ I t.ex. Finland finns det skäl som talar för att man skall jämställa omröstningsprejudikat med de enhälliga. Det skall dock tilläggas att det i Finland finns mindre långtgående regler om att hänskjuta till Plenum. Se mer härom i Lakimies 1984, s. 1190. Kommentarer ur SOU

Det kan tilläggas att vikten av publiceringen av de skiljaktiga meningarna knappast är beroende av om ledamöterna i HD är oeniga, utan snarare av om de är eniga. En enighet om att rättsläget är oklart, innebär att den principiella frågan, eller kanske frågorna, långt ifrån är lösta. Likaväl som part kan föra sin linje i ens med två situationer, torde part kunna föra en linje i ens med tre situationer – det är just i dessa situationer goda argument kan vinna mest gehör, varvid skiljaktiga meningar är viktiga som juridiska skäls- och auktoritetsargument. Ett svar på frågan i det aktuella målet får man först efter att målet är prövat i sak.

3.5.1 Något om skiljaktiga meningar och rättsfallstolkningen

Omröstnings- och enhällighetsprejudikat förtjänar ytterligare uppmärksamhet. Det förkommer ibland att inte alla domare i HD lyckas ena sig om en doms skäl. Situationen kan nyanseras ytterligare med att justitieråden är eniga om domslutet, dvs. antingen bifall eller ogillande av parts talan, men oeniga om hur domslutet skall motiveras. Problematiken är av intresse då det vid rättsfallstolkning ytterst är avgörande vad som anges i domskälen, inte i domslutet.¹⁰⁸

Utgångspunkten är att majoritetens domskäl är de som ligger till grund för den uttalade rättssats som ligger bakom prejudikatet. Minoritetens uppfattning kan varken *inskränka*, *vidga* eller på annat sätt *modifiera* den princip som majoriteten härvid givit uttryck för. Med detta är emellertid inte allting sagt. Likaväl som tungt vägande kritik från den rättsvetenskapliga litteraturen kan minska tyngden i majoritetens domskäl, kan minoritetens domskäl, i varierande styrka, få samma effekt – prejudikatvärdet blir lägre. Det är dock fel att av denna anledning frånkänna ett fall prejudikatvärde,

1986:1 Översyn av Rättegångsbalken 2 Högsta domstolen och rättsbildningen, s. 51. Jan Hellner exemplifierar med HD:s avgörande NJA 1966 s. 18 (travhästen Fabel på betesgång), som ett principiellt viktigt avgörande, i vilket det fanns anledning att fästa stor vikt vid det faktum att meningarna i HD var delade (detta då endast ett ofullständigt besked gavs om principinställningen). I övrigt förefaller Hellner vara av uppfattningen att enhällighets- och omröstningsprejudikat bör jämföras. Jan Hellner. Rättsteori, s. 103.

¹⁰⁸ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 142.

varför fastslagna rättsprinciper måste accepteras – enhetlighetsskäl i rättstillämpningen och HD:s auktoritativa funktion sedan 1971, talar för detta.¹⁰⁹

Hur som helst gynnas tolkningen av prejudikaten av att det föreligger olika meningar eftersom majoritetens uppfattning då kan jämföras med andra uppfattningar. Det är härvid viktigt att man håller isär *minoritetsvota* och s.k. *särskilda yttranden*.

Ett *särskilt yttrande* kommer från en ledamot som tillhör majoriteten, men som anför någonting till utvecklingen av HD:s dom. Man kan härvid tydligen ofta anta att övriga majoritetsledamöter instämmer i detta. Om vi antar att yttrandet är synnerligen utförligt, ökas förstås förståelsen av prejudikatet. Situationen skall skiljas från den då ett justitieråd tillhörande majoriteten anför någonting *för egen del*. Ofta är situationen den att justitierådet önskar utveckla sin mening i något avseende. Inte sällan är han oenig med övriga justitieråd i den fråga som berörs i yttrandet. Det skall dock noteras att ledamoten i detta fall anslutit sig till den uppfattning övriga i majoriteten har, varför dennes utveckling endast kan innehålla skiljaktiga preciseringar.¹¹⁰

Ett minoritetsvotum kommer från en skiljaktig ledamot (dvs. tillhörande minoriteten), och kan vid en knapphändig motivering av en dom från majoritetens sida, få betydande värde för rättsfallstolkningen som jämförelseunderlag.¹¹¹

¹⁰⁹ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 143.

¹¹⁰ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 143.

¹¹¹ Angående rättsfallstolkningen, se vidare kapitel fyra. Lars Heuman. Rättspraxis, s. 144.

3.6 Hovrätternas prejudikatbildning¹¹²

Trots att HD (överrätterna) ensam anses inneha rollen som prejudikatbildare (rättsbildning genom praxis) sedan 1971 års reform, är detta egentligen en sanning med modifikation, då det i inte ringa omfattning förekommer att hovrätten står för denna verksamhet.¹¹³ Vad som härmed avses är den styrande effekt, bl.a. på tingsrätterna, som hovrättsfallen synes ha.¹¹⁴

Med ett prejudikat menas, vilket tidigare nämnts, ett avgörande från en högre instans, vilket sedan blir (skall vara) vägledande för den framtida rättstillämpningen. Prejudikatbildningen genom HD sker dock endast i de fall/mål, i vilka det finns ett s.k. prejudikatvärde. Detta är endast fallet i ett fåtal mål, varför prejudikatbildningen från HD är långt ifrån fullständig. Hovrätterna har därför, i vissa fall, axlat manteln som praxisbildare.¹¹⁵

Trots att varken rättsfallen i RH eller i SvJT¹¹⁶ anses som prejudikat (detta är även fallet då HD vägrat¹¹⁷ prövningstillstånd) finns det ett påtagligt samspel mellan hovrätternas rättsbildning och HD:s prejudikatverksamhet.

¹¹² Strukturen för rubriken/stycket bygger på Hovrättslagmannen (Hovrätten över Skåne och Blekinge) Per Erikssons artikel på nätet: "Att skapa rätt – hovrättens prejudikatbildning". Det bör nämnas att hovrätterna inte innehar samma auktoritet som HD – HD:s domar är formellt sett, starkt prejudikatverkande vilket inte gäller hovrätternas domar. Det hovrätternas domar påtaglig visar är dels vilka rättsliga problem som kan uppstå, dels hur dessa därefter behandlas av en överordnad domstol. Jan Hellner. Rättsteori, s. 96. Detta har ett egenvärde i sig. Jmf. ovan om enhällighets- och omröstningsprejudikat.

¹¹³ Det bör åtminstone påpekas att även andra organ än hovrätterna publicerar sina avgöranden. Exempelvis publiceras vissa från det allmänna domstolsväsendet fristående domstolars domar, t. ex. MD:s och AD:s. Det är i dessa fall frågan om måltyper som till största del har berövats HD:s prövningsmöjligheter. Detta innebär dock inte att det inte kan förekomma frågor som i ett annat sammanhang hade träffats av HD:s kompetens. SOU 1986:1 Översyn av Rättegångsbalken 2 Högsta domstolen och rättsbildningen, s 50.

¹¹⁴ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 123.

¹¹⁵ Per Eriksson. Att skapa rätt – hovrättens prejudikatbildning. Förutom den praxisbildande funktionen refereras ibland frågor i mål av mindre betydelse, såsom rättstekniska frågor eller processuella problem som kanske mest intresserar jurister verksamma i domstolar. Lars Heuman. Rättspraxis, s. 124.

¹¹⁶ Avgöranden från hovrätterna publiceras sedan 1981 i en speciell samling (Rättsfall från hovrätterna (RH)), vilken kan sägas ha ersatt SvJT:s särskilda rättsfallsavdelning. I huvudsak innehåller RH straff-, förmögenhets- och familjerättsliga fall. Lars Heuman. Rättspraxis, s. 123f.

¹¹⁷ Orsaken till att dessa fall inte får prejudikatvärde kan dels vara att HD kanske inte är helt ense med underrätten om dess motivering, dels aktualiserar kanske målet bevisfrågor eller mindre renodlade rättsfrågor. Se mera nedan. Lars Heuman. Rättspraxis, s. 123.

Det är alltså inte bara gentemot underrätterna som hovrätternas avgöranden har en viss styrande effekt. Förutom de fall som innehåller rättsfrågor som aldrig blir föremål för HD:s bedömning, händer det att hovrätterna ger uttryck för en ny rättspolitisk syn i sina fall. Denna nya rättspolitiska syn kan sedan på sikt borga för ett nytt prejudikat från HD - samspelets stomme.¹¹⁸

Åtminstone två typer av mål är aktuella vad avser praxisbildning i hovrätten:
De bagatellartade målen och de mål som inte överklagas.

Vad först gäller de bagatellartade målen kan de oftast inte alls, eller åtminstone endast i undantagsfall, överklagas från hovrätten till HD. Det kan t.ex. röra sig om mål som gäller parkeringsavgifter, undanröjande av strafföreläggande, intermistiska underhållsbidrag och byte av offentlig försvarare eller biträde enligt rättshjälpslagen. Då det i dessa fall råder s.k. fullföljdsförbud (alternativt endast rätt till fullföljd om hovrätten medger detta), kommer målen således aldrig under HD:s prövning, varför den prejudikatbildning som sker, endast äger rum i hovrätten.¹¹⁹

Vad avser den andra typen av mål, dvs. de mål som aldrig överklagas för HD:s prövning, sker även hos dem prejudikatbildningen i hovrätten. Vissa typer av frågor stannar hos hovrätterna då HD inte anser att de har sådant prejudikatvärde att de bör prövas av den högsta instansen. Ett exempel är straffmätning i olika slags brottmål. När det gäller straffmätning vad avser grov misshandel har det inte kommit något avgörande från HD på tio år, varför den praxis som idag gäller, är utformad av hovrätterna.¹²⁰

Vidare är frågan om vilka beviskrav som skall gälla i brottmål till stor del utformad av hovrätterna. Medan speciella mål, såsom incestmål,

¹¹⁸ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 124.

¹¹⁹ Per Eriksson. Att skapa rätt – hovrättens prejudikatbildning.

¹²⁰ Per Eriksson. Att skapa rätt – hovrättens prejudikatbildning. Se även SOU 1986:1 Översyn av Rättegångsbalken 2 Högsta domstolen och rättsbildningen, s. 50.

narkotikamål och grova våldsbrott, är styrda genom HD:s försorg, finns det färre prejudikat i de mera vardagliga målen. I de vardagliga målen klargörs därför frågan om beviskrav oftast genom hovrätternas avgöranden.¹²¹

Det måste påpekas att HD inte har samma möjligheter att samlat publicera avgöranden av liknande slag, som hovrätterna har. Medan HD hela tiden måste välja ut enstaka mål som kan antas ha prejudikatvärde, görs det hos hovrätterna emellanåt överväganden vad avser vilka mål som mera samlat skall refereras i deras publikationer. I dessa publikationer plockas vissa rättsområden ut såsom t.ex. sexualbrott, grova skattebedrägerier, brott mot uppbördslagen etc.¹²²

Uppfattningen finns att urvalet av RH:s rättsfallspublikationer vittnar om en viss försiktighet, vilket anses vara en brist för bl.a. advokater och åklagare. De riktigt svåra fallen publiceras sällan, t.ex. publiceras inte större förmögenhetsrättsliga mål. Det har anförts att trots att det i dessa mål inte alltid finns en eller flera rättsfrågor att överväga, så skulle avgöranden likväl kunna tjäna som belysande exempel.¹²³

Denna kritik förefaller väl underbyggd. Jämförelsen mellan olika fall ger jurister större möjligheter att föra nyanserade och sakliga resonemang. Utan tillgång till sådana belysande exempel kan det inte uteslutas att nyanser och preciseringar förloras.

3.7 Prövningstillstånd i HD

3.7.1 HD:s funktion

Det svenska treinstanssystemet kan sägas vara både långsamt och kostsamt. Även vad gäller allmänna rättsäkerhetssynpunkter, torde det vara till fyllest

¹²¹ Per Eriksson. Att skapa rätt – hovrättens prejudikatbildning.

¹²² Per Eriksson. Att skapa rätt – hovrättens prejudikatbildning.

¹²³ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 124.

för en tappande part i tingsrätten, att få riktigheten av sin sak prövad i hovrätten. Främsta skälet för att ha en ytterligare instans, är att HD – som har hela landet som domkrets - genom sina prejudikat kan verka för att enhetligheten och riktigheten upprätthålls vid rättstillämpningen i domstolarna. Detta gäller inte minst i de fall då lagen antingen är föråldrad, eller då rättsområdet är okodifierat.¹²⁴

Dessutom fyller HD:s prejudikat även en funktion på områden som varit föremål för ny lagstiftning, vilket förstås hänger samman med den teknik, som används vid lagstiftning och vid rättstillämpning. Likaväl som det är omöjligt att förutse alla skiftande händelser som kan bli föremål för juridisk prövning, vore det orimligt att komponera stadganden av en typ som omfattade alla sådana händelser – de skulle bli alltför omfattande och överskådliga. Av denna anledning har lagstiftaren nödgats koncentrera sig till att konstruera lösningar för sådana typfall, vilka antas bli vanligen förekommande i rättspraxis, medan de mera säregna fallen överlämnats åt rättstillämpningen att lösa.¹²⁵

Problemet är emellertid mer komplicerat än så. Olika rättsområden skall tillämpas på olika sätt. Brottsbalken och Äktenskapsbalken tillämpas t.ex. på olika sätt, dvs. det finns viss variation mellan olika rättsområden vad avser rättsäkerhetens intresse, eller vad avser behovet av rättens elasticitet. Detta gäller även rättens anpassning till skiftande förhållanden, vilket får konsekvenser för hur lagen bör tillämpas.¹²⁶

Utgångspunkten är inte att varje konkret fall skall bedömas efter sin egenart, utan att även de mera säregna fallen skall bedömas efter en regel. Regeln skall även äga tillämpning på andra likartade situationer, men det kan noteras att regeln inte går att finna i lagen, utan är resultatet av domstolens rättstillämpning. Domstolens rättstillämpning bygger inte enbart på logisk

¹²⁴ Per Olof Ekelöf och Robert Boman. Rättsmedlen, s. 102.

¹²⁵ Per Olof Ekelöf och Robert Boman. Rättsmedlen, s. 102.

deduktion, utan även på ändamålsavvägningar, vilka innehåller subjektiva moment. Det innebär att skilda åsikter i en tillämpningsfråga kan vara grundade på goda skäl, varför olika domstolar kan komma fram till olika domslut.¹²⁷

Detta är kärnan, och alltså det förhållande som är förklaringen till den stora betydelse som de högsta instansernas domar har som prejudikat.

Prejudikaten får rollen som vägledare i de svårbedömda fallen, så att utgången av en process lättare kan förutsägas (detta till gagn för rättsäkerheten), än om endast lagen funnits såsom rättesnöre.¹²⁸

Mot detta kan man anföra att två fall aldrig är helt lika. Detta innebär att man vid tillämpningen av prejudikat alltid noggrant måste undersöka om det tidigare avdömda och det nu aktuella fallet är analoga. Detta kan endast ske med utgångspunkt från ändamålsavvägningar. Det skall härvid än en gång påpekas att prejudikat inte är bindande.

3.7.2 Prejudikatdispens RB kap. 54 § 10 p. 1

Jag har tidigare nämnt, att prejudikatens roll i den svenska rättskälleläran, i viss mån, är reglerad i lag, samt att HD 1971 gjordes till en renodlad prejudikatinstans. I RB:s kap. 54 § 10 stadgas om möjligheten att söka prövning i högsta domstolen.

Departementschefen uttalade följande i samband med 1971-års reform:

”Jag föreslår sålunda en dispensgrund som i enlighet med domstolskommitténs förslag och det remitterade förslaget till lag om allmänna förvaltningsdomstolar innebär att prövningstillstånd får meddelas, om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas av HD. Bestämmelserna bör ta sikte uteslutande på sådana fall då målet med hänsyn till det allmänna intresset av tillgång till omfattande och

¹²⁶ Per Olof Ekelöf och Robert Boman. Rättsmedlen, s. 102f.

¹²⁷ Per Olof Ekelöf och Robert Boman. Rättsmedlen, s. 103.

¹²⁸ Per Olof Ekelöf och Robert Boman. Rättsmedlen, s. 103.

*vägledande prejudikatbildning bör prövas av HD. Den enskildes intresse av att få till stånd en överprövning bör sålunda inte kunna föranleda dispens på denna grund.*¹²⁹

Eller, som Welamson uttrycker det,:

*”när talans prövning i HD befanns vara för enhetlig lagtolkning eller rättstillämpning av synnerlig vikt (prejudikatdispens) eller att parterna eljest visade att talans prövning hade synnerligen betydelse utöver det föreliggande målet (intressedispens).”*¹³⁰

Utgångspunkten är att prövningstillstånd idag främst meddelas i de fall en prövning av talan är av vikt för ledning av rättstillämpningen¹³¹ (att talan prövas av högsta domstolen). Härvid förstärks HD:s funktion som prejudikatbildare.¹³²

Detta innebär att HD endast under speciella omständigheter tar upp mål som inte innehåller en fråga som är av prejudikatintresse. För att ett mål skall anses ha just den karaktären, måste dess avgörande ha betydelse för i framtiden kommande rättsliga avgöranden. T.ex. har sakfrågor sällan något prejudikatintresse, då de inte har någon allmän betydelse av det slaget.¹³³

Med termen *”det är av vikt för rättstillämpningen att talan prövas av högsta domstolen”* torde impliceras att konstruktionen med prejudikat är till för att påverka den framtida rättstillämpningen.¹³⁴

Det skall betonas att RB kap. 54 § 10 (observera att punkten 1 för mitt syfte är den centrala, varför p.2, med dess rekvisit synnerliga skäl, lämnas utanför min framställning. Detta gäller även det partiella prövningstillståndet i RB

¹²⁹ Prop. 1971:45, s. 87f.

¹³⁰ Lars Welamson. Rättegång VI, s. 164.

¹³¹ Observera att med rättstillämpningen menas här inte bara tillämpningen av lagbestämmelser, utan även av andra rättsregler och av tidigare prejudikat. Se Per Olof Ekelöf och Robert Boman. Rättsmedlen, s. 112.

¹³² Aleksander Peczenik. Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation, s. 240.

¹³³ Peter Fitger och Cecilia Renfors. Processrätt II, s. 274.

kap 51 § 11.), även gäller när part har överklagat ett visst beslut i hovrätten, vari prövningstillstånd inte meddelats. I detta fall tillämpas regeln på själva tillståndsfrågan i hovrätten.¹³⁵

En enkel och målande uppställning av när prövningstillstånd kan meddelas är följande: det *finns inte* något prejudikat, respektive *det finns* prejudikat angående rättsfrågan. Situationen att det finns prejudikat, kan sedan indelas i fallet att HD antingen önskar *stärka praxis*, eller att HD önskar *förändra praxis*.¹³⁶

Följande situationer föranleder prejudikatdispens (p.1):

- I första hand meddelas dispens när det saknas prejudikat rörande en viss rättsfråga, och den frågan kan komma att behandlas genom att den finns med i överklagandet.¹³⁷ Lagrummets rekvisit *rättstillämpningen* implicerar inte endast lagbestämmelser, utan även andra rättsregler och tidigare prejudikat.¹³⁸ Även då det finns ett tillämpligt prejudikat kan det finnas anledning för HD att bevilja dispens, t.ex. då hovrätten misstolkat ett prejudikat, eller avvikit härifrån.¹³⁹

Till detta skall läggas att vissa lagbestämmelser samt rättsgrundsatser är av sådant slag, att deras fullständiga tillämpning inte kan klarläggas genom endast ett avgörande. I dessa fall kan det behövas en hel serie avgöranden för att underrätterna skall få tillräcklig vägledning för sin rättstillämpning.¹⁴⁰

¹³⁴ Jan Hellner. Rättsteori, s. 94.

¹³⁵ Peter Fitger och Cecilia Renfors. Processrätt II, s. 275.

¹³⁶ Ingvar Bräténus. Prövningstillstånd i högsta domstolen, s. 29 och 34. För exemplifierande rättsfall, samt för en omfattande genomgång av allmänna förutsättningar vad avser prejudikatdispens etc., hänvisas till hela Bräténus' verk "Prövningstillstånd i högsta domstolen". Framförallt sidorna 28ff.

¹³⁷ Peter Fitgers och Cecilia Renfors. Processrätt II. RB kap. 35-59. 2001, s. 274.

¹³⁸ Per Olof Ekelöf och Robert Boman. Rättsmedlen, s. 112.

¹³⁹ Per Olof Ekelöf och Robert Boman. Rättsmedlen, s. 112.

¹⁴⁰ Lars Welamson. Rättegång VI, s. 165.

- Om t.ex. praxis i underätterna är brokig talar detta för att tillstånd skall meddelas. Att praxis i underätterna kanske framstår som felaktig, är emellertid inte en förutsättning för att prejudikatdispens skall meddelas. Det faktum att underättens avgörande avviker från en tidigare av HD fastslagen rättgrundsats eller lagtolkning utgör i sig inget skäl för att HD skall meddela prejudikatdispens. Om vi antar att det behövs ett nytt prejudikat, för att tidigare fastslagen praxis skall stärkas, eller att rättsläget i övrigt behöver utredas, blir situationen annorlunda.¹⁴¹ Om vi antar att själva rättsfrågan är komplicerad, bör emellertid dispens meddelas, trots att kanske hovrätten bedömt denna riktigt. Detta då HD genom sin prejudikatfunktion har att sörja för att praxis är enhetlig.¹⁴²
- Situationen kan uppstå att man på dispensavdelningen får in ett mål som egentligen står i överensstämmelse med prejudikatet. På liknande sätt som ovan finns det härvid möjlighet att meddela dispens, om man finner att hittillsvarande praxis är olämplig. Detta då HD:s uppgift inte bara är att sörja för att rättspraxis är enhetlig, utan även att den är tillfredställande, och HD är ju som bekant inte bunden¹⁴³ av sina egna prejudikat. Med uttrycket ”Till ledning för rättstillämpningen” impliceras alltså även domstolens uppgift att, om det behövs, bryta en hittillsvarande praxis.¹⁴⁴
- Även ett fastställande av en hovrättsdom kan vara av betydelse för den framtida rättstillämpningen.¹⁴⁵

När det gäller HD:s ändring av sin praxis, måste understrykas en viss skillnad mellan olika juridiska områden, vad avser rättsäkerheten. Låt oss göra en distinktion mellan å ena sidan ett juridiskt område som bedömandet av skadegörelse i trafik och, å andra sidan, ett annat civilrättsligt område.

¹⁴¹ Peter Fitger och Cecilia Renfors. Processrätt II, RB kap. 35-59. 2001, s. 274f.

¹⁴² Per Olof Ekelöf och Robert Boman. Rättsmedlen, s. 112.

¹⁴³ Se nedan angående HD:s möjligheter att frånga en rättgrundsats.

¹⁴⁴ Per Olof Ekelöf och Robert Boman. Rättsmedlen, s. 112.

Om vi antar att HD bestämmer sig för att skärpa kravet på aktsamhet vad avser skadegörelse i trafik som åligger fordonsföraren, så får det egentligen bara effekten att bilister i framtiden får ett större krav på sig vad avser aktsamhet. Om vi nu antar att HD ändrar sin praxis på något annat civilrättsligt område, kan detta få helt annan betydelse. Ekelöf och Boman uttrycker det så att *”Man får sålunda mot varandra väga olägenheten av att vidmakthålla en otillfredsställande praxis och olägenheten av att denna överhuvudtaget rubbas.”*¹⁴⁶

En sista situation bör uppmärksammas i frågan om prövningstillstånd. Det händer nämligen att prövningstillstånd inte meddelas, trots att ett mål aktualiserar en ny intressant rättsfråga. Detta beror på att när dispensavdelningen (ett eller tre justitieråd) tar hänsyn till frågan om prövningstillstånd skall meddelas eller inte, de endast har att ta hänsyn till det som åberopas av sökanden (se RB kap. 54 § 13). Dispensavdelningen har härvid *möjlighet* att vägra prövningstillstånd, trots att de anser det möjligt att det i fallet kan aktualiseras en rättsfråga, vilken inte tidigare blivit helt klarlagd genom tidigare avgöranden. Det är alltså en rätt dispensavdelningen har, inte en skyldighet. Med andra ord är det sökanden som har att anföra för dispensfrågan relevanta uppgifter (såsom t.ex. rättsliga argument och motstridiga hovrättsavgöranden). Det finns alltså inte någon uttalad undersökningsplikt för HD.¹⁴⁷

Andra grunder för att inte meddela prövningstillstånd i denna situation, är att själva rättsfrågan inte uppkommit i renodlad form (parterna kan genom sin processföring ha fört fram andra frågor). Vidare kan rättsfrågan vara så specifik och särpräglad att den helt enkelt antingen inte är ekonomiskt försvarbar att ta upp, eller endast kommer att bli vägledande i mycket ovanliga situationer. I fall där bevisvärderingsfrågor är av avgörande betydelse, beviljas sällan prejudikatdispens beroende på risken att den

¹⁴⁵ Lars Welamson. Rättegång VI, s. 165

¹⁴⁶ Per Olof Ekelöf och Robert Boman. Rättsmedlen, s. 104.

¹⁴⁷ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 121f.

egentliga rättsfrågan inte ställs på sin spets i målet (och tyngdpunkten i stället hamnar på bevisvärderingsfrågorna) är för stor.¹⁴⁸

3.7.3 När tillåts HD frångå en rättsgrundsats?

Ekelöf och Boman skriver att en domstol aldrig bör avvika från ett prejudikat utan att starka skäl talar härför. Vidare anför de att det är av särskild vikt att HD:s egen praxis är enhetlig, vilket bl.a. har motiverat att mål kan hänvisas att avgöras in pleno i HD.¹⁴⁹

Inledningsvis bör nämnas att Peczenik påpekar, *att de avgöranden som tillkommit i plenum bör i princip utöva ett större inflytande än andra prejudikat*.¹⁵⁰

Rättegångsbalken innehåller särskilda regler om avgöranden i plenum eller på tolvmannaavdelning. Utgångspunkten är åter igen att HD:s avgöranden inte är bindande, varför det kan hända att en avdelning inom HD är villig att avgöra ett mål på annat sätt än en tidigare antagen rättstillämpning. Det är emellertid mindre bra om olika rättsgrundsatser uttrycks i skilda HD-avgöranden av samma dignitet. Av denna anledning finns möjligheten för HD att hänskjuta mål (liksom en i målet uppkommen fråga), för att avgöras av HD i sin helhet – i plenum¹⁵¹ enligt RB kap. 3 § 5. Utgångspunkten är att *den på avdelningen rådande meningen befinnes avvika från rättsgrundsats eller lagtolkning som tidigare antagits av HD*.¹⁵² Förutsättningarna för in pleno sammanträde är, att vid överläggningarna till dom, en majoritet är för en uppfattning som strider mot ett tidigare prejudikat.¹⁵³

¹⁴⁸ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 122.

¹⁴⁹ Per Olof Ekelöf och Robert Boman. Rättsmedlen, s. 104.

¹⁵⁰ Aleksander Peczenik. Juridikens teori och metod, s. 37.

¹⁵¹ Termen Plenum betyder sammanträde med samtliga ledamöter i en domstol, kollegialt ämbetsverk osv. Mål el. ärende som avgörs P. ("in pleno") kallas plenummål resp. pleniärende. Källa - Juridikens termer.

¹⁵² Lars Welamson. Rättegång VI, s.186. RB kap. Om vi antar att flera tidigare avgöranden strider mot varandra skall, enligt paragrafens andra stycke, hänsyn endast tas till det senaste.

¹⁵³ Per Olof Ekelöf och Robert Boman. Rättsmedlen, s. 104.

Att notera är dock att RB kap. 3 § 5 inte med nödvändighet måste tillämpas – dvs. stadgandet är fakultativt. Det finns åtminstone två anledningar härför: För det första torde det i princip vara omöjligt att överblicka alla tidigare avgöranden och, för det andra, *bedöma i vad mån två fall är från relevanta synpunkter helt analoga och vilken rättsgrundsats ett tidigare avgörande kan anses ge uttryck åt [för]*.¹⁵⁴

Den andra situationen när HD har möjlighet att hänskjuta ett mål till plenum, är om det i annat fall är av särskild betydelse för *rättstillämpningen* att målet, eller viss fråga däri, avgörs av hela HD.¹⁵⁵ Stadgandet anses mest betydelsefullt i fall av relativt ny lagstiftning, vilken tidigare inte varit föremål för bedömande av HD. Vad som dock är problematiskt med avgöranden i plenum, är att detta dels är en omständlig och tidskrävande procedur, dels att det på den aktuella avdelningen fattade avgörandet har en avsevärd stabilitet. Det sist anförda har förstås koppling till att intresset av förutsebarhet i rättstillämpningen alltid har ett egenvärde, varför en ändring i praxis generellt sett endast kan bli aktuell om starka skäl talar därför.¹⁵⁶ Det händer emellertid ganska ofta, att HD ändrar praxis, utan att målet avgjorts *in pleno*.¹⁵⁷

Vad gäller ovan nämnda problem med att avgöra mål *in pleno*, har detta föranlett det undantag som finns i lagrummets tredje stycke (brådska mål), samt en modifikation till plenum vari endast 12 justitieråd deltar vid sammanträdet – s.k. tolvmannaavdelning (”halvplenum” eller ”semiplenum”).¹⁵⁸

¹⁵⁴ Lars Welamson. Rättegång VI, s.186. Vad gäller det faktum att stadgandet är fakultativt, är det en annan sak att HD uppfattar regeln som obligatorisk. Idag förekommer sällan otvetydiga avvikelser från tidigare praxis utan plenum. Lars Welamson. Rättegång VI, s. 186.

¹⁵⁵ RB kap. 3 § 5 stycke 1 p. 3.

¹⁵⁶ Lars Welamson. Rättegång VI, s. 186f.

¹⁵⁷ Per Olof Ekelöf och Robert Boman. Rättsmedlen, s. 104.

¹⁵⁸ Per Olof Ekelöf och Robert Boman. Rättsmedlen, s. 104.

4 Tolkning och tillämpning av prejudikat

4.1 Inledning

Hur går man tillväga när man skall tolka ett prejudikat? Frågan innehåller egentligen två frågor vilka har ett visst samband med varandra. Den första frågan lyder *hur skall man tolka en dom*, den andra, *hur skall domen användas som prejudikat*.¹⁵⁹

Varför är det viktigt för en jurist att behärska principer för tolkningar av prejudikat? Vad är egentligen poängen med att sedan kunna tillämpa sitt funna prejudikat på ett nytt fall? Peter Westberg uttrycker det så här:

*”Häri exponeras nämligen mycket av juridikens rätsidor och avigsidor. Rättsfallet är centralt för förståelsen av lag och rätt, inte bara därför att rättsregelns träffsäkerhet och användbarhet prövas på en verklig konflikt, en verklig intressemotsättning, utan även därför att konflikten och konfliktlösningen är en viktig motor i rättsutvecklingen. Det är det konkreta fallet som ger rättsregeln dess mer definitiva och konkreta innebörd, och de många fallen som sammantaget bär de beprövade kunskapen om rätten, dess styrka och dess tillkortakommanden.”*¹⁶⁰

4.2 Svårigheterna

Att tolka rättsfall kan vara svårt. En svårighet är att utläsa huruvida en mer eller mindre generell princip kan anses fastslagen i prejudikatet, en annan, om en i praxis fastlagen rättsregel kan tillämpas på ett konkret fall (stämmer förhållanden mellan prejudikatet och det konkreta fallet överens?). Det händer även att domskälen i prejudikatet antingen är mångtydiga eller vaga.¹⁶¹

¹⁵⁹ Jan Hellner. Rättsteori, s. 100.

¹⁶⁰ Peter Westberg. Prejudikattolkningens ABC, s. 1.

¹⁶¹ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 128f.

Vidare krävs det ibland vid rättsfallstolkning att man tar hänsyn till andra förhållanden än de som domstolen anfört i sina domskäl, t.ex. parternas argumentering, eventuella yttranden från myndigheter och ett oklart uttalat syfte med den lagtolkning som den högsta insatsen rekommenderat. Kontentan av detta är att rättsfallstolkning kräver olika metoder, helt anpassade till det sätt varpå domen är skriven, och även att eventuella analyser drivs olika långt – såsom vid en av uttolkaren begränsad språklig analys, *i andra fall kan han tvingas att sätta den preliminära semantiska utläggningen i relation till partsargumentering, minoritetsvota, rättsfallrubriken och majoritetens syfte med den förordade principen.*¹⁶²

4.2.1 Bakgrund

Jag har tidigare redogjort för den principiella förändring som skedde 1971, när HD förändrades till en utpräglad prejudikatsinstans. Dess huvudsakliga syfte blev därmed att dels leda rättsutvecklingen, dels att verka för att enhetligheten inom rätten upprätthålls.

Som en naturlig följd av detta skall rättsprincipen i en doms skäl, när så är möjligt, författas på ett sådant sätt att den är enkel att tillämpa för domstolarna (vilket inte alltid är så lätt). Det förekommer att både vaga och obestämda rättsatser fastslås. Detta gäller särskilt i fall där det finns en mängd bakomliggande intressen, vilka alla måste beaktas. Som en huvudregel gäller dock att HD måste bilda sig en uppfattning om huruvida en rättsats kan tillämpas på ett både förutsebart och rimligt sätt i framtiden.¹⁶³

Vi utformandet av en rättsprincip finns två möjliga tillvägagångssätt. HD kan antingen formulera sig konkret, eller principiellt/generellt. Vid den konkreta utformningen av en rättsprincip är det egentligen fråga om ett

¹⁶² Lars Heuman. Rättspraxis, s. 129.

uttalande med synnerligen begränsad räckvidd, vilket i princip endast tar sikte på det konkreta fallet (*kasuistisk domskrivning*). Vid det principiella utformandet av domskälen skapar prejudikatinstansen en så generell norm att den även täcker andra situationer än den uppkomna. Problemet med det principiella utformandet är att detta ibland kan bli så vagt, att det i princip är omöjligt att tillämpa för domstolarna. Dess stora fördel är att HD:s auktoritativa syfte lyfts fram varvid prejudikaten blir vägledande i större utsträckning – rättslivet till fördel. En nackdel med att slå fast alltför generella principer, är att det ofta är svårt för HD att överblicka alla de situationer som ett prejudikat kan komma att omfatta – med andra ord föreligger det en risk att nyfastslagna principer kommer att medföra negativa konsekvenser, vilka domstolen inte beaktat.¹⁶⁴

Detta har bl.a. föranlett HD att låta prejudikatbildningen ske stegvis (i etapper), varvid HD i skilda avgöranden gör uttalanden av mera begränsad räckvidd, men i en och samma principfråga. Resultatet av detta blir att den mer allmänna rättsatsen är resultatet av en hel serie av prejudikat, vari vissa kanske ger uttryck för när undantag från huvudregeln skall göras, medan andra går i samma riktning. Med denna metod är det lättare för HD att överblicka vilka verkningar varje prejudikat får, men rättsbildningen går då långsammare än om en generell regel kommit till uttryck i ett första prejudikat.¹⁶⁵

4.3 Processuella reglers betydelse för rättsfallstolkningen

När man studerar ett prejudikat, är det viktigt att känna till att alla frågor kanske inte ställs på sin spets. Orsakerna till detta kan vara flera.

Utgångspunkten är att parternas processföring kan få betydelse för rättsfallstolkningen. T.ex. gör förhållandet att om part har bevisbördan för

¹⁶³ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 129.

¹⁶⁴ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 129f.

¹⁶⁵ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 130.

visst faktum, att domstolen inte får grunda domen på ett sådant faktum, i det fallet part inte lyckas styrka detta. Detta innebär att det inte är aktuellt att tillämpa en viss rättsregel. En inledande viktig distinktion att göra, är att det föreligger stora skillnader mellan tviste- och brottmål.¹⁶⁶

4.4 Tolkningen

4.4.1 Tolkning av domar – tolkning av lag

När man funnit sitt prejudikat, och önskar tolka det, är det viktigt att känna till att prejudikat inte tolkas på samma sätt som lag tolkas.

En viktig inledande skillnad är att vid tillämpningen av en lag, det ofta endast är ett stadgande som blir aktuellt. Vid tolkningen av ett prejudikat däremot, händer det ofta att man tvingas ta hänsyn till flera rättsfall samtidigt. Det är då först vid ett samlat intryck det avgörs hur långt man behöver analysera dem. Detta gäller även om HD kanske endast hänvisat till ett enda rättsfall – det viktigaste - då det inte kan uteslutas att HD tagit intryck även av andra rättsfall.¹⁶⁷

Vidare spelar prejudikatets ålder en avgörande roll.¹⁶⁸ Ett äldre rättsfall anses upphöra att gälla om ny lagstiftning träder in och därmed reglerar prejudikatets område.¹⁶⁹ Stor osäkerhet anses dock råda vad gäller sådana områden som inte påverkas av ny lagstiftning. Detta trots att äldre rättsfall kan anses förlora sitt värde som prejudikat genom förändringar i samhällsförhållanden, samt i den allmän uppfattningen om grundläggande rättsprinciper. Oavsett om några förändringar kan påvisas inom något rättsområde, influerar tidsförhållanden.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 133ff.

¹⁶⁷ Jan Hellner. Rättsteori, s. 104.

¹⁶⁸ Klart är att nyare rättsfall har större betydelse än äldre. Finns det inga nyare rättsfall, tjänar de äldre fortfarande sitt syfte. Se vidare Jan Hellner. Rättsteori, s. 105.

¹⁶⁹ Jan Hellner. Rättsteori, s. 104.

¹⁷⁰ Jan Hellner. Rättsteori, s. 105.

4.4.2 Tolkning av endast ett fall

Störst svårigheter för den som önskar avgöra hur en viss lagregel tolkats i praxis, torde vara fallet när endast *ett* avgörande finns att tillgå. När man kommit så långt att man funnit ett avgörande, är det viktigt att man är noggrann, eftersom det inte är *säkert att de rör sig om en enda rättsfråga som givit(s) ett generellt svar*.

Det är emellertid inte helt lätt att avgöra vilka olika förhållanden eller olika kriterier som föranleder att man skiljer mellan olika situationer, och som leder fram till att prejudikatet ges mer eller mindre begränsad räckvidd. Tolkningen av prejudikatet blir härvid bl.a. beroende av själva domskrivningen.¹⁷¹

DomskaLEN i dagens HD-avgöranden är, vilket tidigare nämnts, ofta både utförligt motiverade samt innehåller principiella uttalanden – rättsatser liknande formella lagregler. Lagtolkningen kan emellertid variera; *ibland* bygger HD:s lagtolkning på en noggrann analys av förarbetena, i andra fall bygger HD:s resonemang på en teleologisk lagtolkning, i åter andra fall bygger den även på en bedömning av vilket tolkningsalternativ som för med sig de rimligaste konsekvenserna. HD försöker ofta göra sina uttalanden så generella som möjligt, varför man inte bör ge dem en större räckvidd, än den som direkt kan utläsas av ordalydelsen.¹⁷²

4.4.3 Tolkning genom sammanställning av flera fall

Jag har tidigare varit inne på fenomenet hur en hel serie¹⁷³ avgöranden, skapade under en längre tidsperiod, belyser de nya rättsprinciper HD antagit. Bakgrunden är ofta att rättsläget anses svårt att överblicka. Det är härvid nödvändigt att man studerar dem alla för att man skall få en bra bild av dem,

¹⁷¹ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 138.

¹⁷² Lars Heuman. Rättspraxis, s. 138.

¹⁷³ Se t.ex. NJA 1972 s. 253 (längre fram i texten) och hur HD däri bygger upp sitt avgörande på tidigare avgöranden.

eller av de rättsprinciper HD antagit. Genom att man sammanställer alla rättsfallen, kan man bilda sig en uppfattning om rättsläget.¹⁷⁴

Metoden går till enligt följande. HD bedömer ett fall vari man uttrycker en rättsprincip. Märk dock att rättsprincipen, i detta det första i en serie avgöranden, endast uttrycks i försiktiga ordalag, med begränsad räckvidd. De fall som sedan följer innebär att ovan nämnda rättsprincip ges ett mera generellt innehåll, varvid en viss precisering görs (t.ex. i fall då nya synpunkter och invändningar framförts). Inte sällan refererar HD till sina tidigare avgöranden som på detta sätt lägger en grund för det senast presenterade.¹⁷⁵

4.4.4 Motsatsslut

Motsatsslut (även kallat *e contrarioslut*) accepteras som regel inte¹⁷⁶ vid rättsfallstolkning. Trots detta bör ett par ord härom sägas.

Motsatsslut delas in i två delar: svagt- och starkt motsatsslut. Vad gäller det *svaga motsatsslutet* anses det tillämpligt, när skälen för att använda ett analogislut inte är tillräckliga. Vad sedan gäller det *starka motsatsslutet*, så anses det vara tillämpligt när det aktuella rättsfallet inte regleras av någon rättsnorm, varvid det *behandlas på motsatt sätt jämfört med de av denna norm reglerade fallet(n)*.¹⁷⁷

Utgångspunkten (för oss) är att det i en del fall uttalas att en viss princip gäller, under förutsättning att en viss kvalificerad förutsättning föreligger. Ävenså kan HD ha ställt upp *flera* förutsättningar för en viss rättsföljd. Att notera är att HD därmed inte tagit ställning till vad som bör gälla i fall då

¹⁷⁴ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 139.

¹⁷⁵ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 139.

¹⁷⁶ Se t.ex. Lars Welamson. Svensk rättspraxis. Civil- och straffprocess 1973-1979, s. 159. Se även Jan Hellner. Rättsteori, s. 102.

¹⁷⁷ Aleksander Peczenik med Aulis Aarnio och Gunnar Bergholtz. Juridisk argumentation – en lärobok i allmän rättslära, s. 193f.

denna/de kvalificerade förutsättningen/arna inte föreligger. Frågan eller frågorna kan sägas ha lämnats öppna, och det är för visso möjligt att HD kommer till samma slut i senare prejudikat.¹⁷⁸

Knäckfrågan torde vara att om det brister i en eller i flera av de givna förutsättningarna, det är möjligt att bedömningen antingen blir densamma, eller att den blir annorlunda i ett senare fall. Detta har sin förklaring. När HD bedömer ett fall av den här typen, så tar den med alla betydelsefulla faktorer som talar för en viss utgång - det är alltså inte fråga om att endast ange minimiförutsättningar. Detta beror på att det inom HD kan finnas skilda uppfattningar om vilka faktorer som skall anses utgöra minimikrav. Detta resulterar i att justitieråden istället väljer att skriva sig samman, varvid de anger ett antal förutsättningar för en viss rättsföljd.¹⁷⁹

Situationen åskådliggörs bäst genom ett exempel. NJA 1964 s. 97¹⁸⁰ gällde snatteri i ett varuhus. I målet uppkom frågan om när ett fullbordat brott eller ett straffritt försök till brott, kunde anses föreligga.

Följande förutsättningar ställs upp av HD i NJA 1964 s. 97. (1) S har lagt ner vissa klädesplagg i en väska, (2) där plaggen varit dolda. (3) Därefter har S förflyttat plaggen till en annan avdelning än den där de såldes.¹⁸¹

Att notera är här att man inte kan dra slutsatsen att snatteri föreligger om någon av ovan nämnda förutsättningar inte föreligger. Inte heller kan man dra slutsatsen att om en person tar varor från en avdelning i ett varuhus, och därefter förflyttar dem till en annan (utan att dölja dem), att förfarandet är straffbart. Man kan inte heller med full säkerhet veta om fullbordat brott

¹⁷⁸ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 139.

¹⁷⁹ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 139.

¹⁸⁰ Fallets rubrik - Kund i varuhus tog ett till försäljning framlagt klädesplagg och lade ned det i en väska, där det var dolt, samt avlägsnade sig med väskan från den avdelningen i varuhuset, där plagget hölls till salu. Gärningen har, då tillägnelseuppsåt ej ansetts styrkt, bedömts såsom egenmäktigt förfarande. Se även längre fram i texten.

¹⁸¹ NJA 1964 s. 97. Sid. 99 i domen.

föreligger i det ögonblick en person döljer varor, eller sedan varorna förts från dess ursprungliga avdelning.¹⁸²

4.4.5 Svårtolkade språkliga uttryck

Vanligt förekommande i tidigare prejudikat från HD, var att justitieråden enade sig om en s.k. *hatt*¹⁸³. En hatt är en slags dimridå, i vilken oeniga justitieråd enats om en domskrivning, men som samtidigt inte säger någonting om vilken majoritetsuppfattning som HD kommer att bifalla i framtida avgöranden. Om det vidare är så att domskälen ger uttryck för att flera förutsättningar uppställts för en viss rättsföljd, kan man inte utesluta att HD:s ledamöter varit oeniga om vilka av förutsättningarna som utgjort nödvändiga villkor för rättsföljden. Att identifiera de olika meningar som döljer sig bakom en *hatt* är inte helt okomplicerat.¹⁸⁴

Ett par ord om uttrycken *lämnas utan avseende, lagligen icke kan bifallas* samt *grunderna för* måste också sägas. Om en domstol skriver att en *invändning lämnas utan avseende*, menar domstolen att invändningen är helt oggrundad. Vanligtvis innehåller även yttrandet ett visst mått av kritik. Med uttrycket *lagligen icke kan bifallas*, avses att karendens talan inte kan bifallas, då det saknas erforderligt stöd i lagtexten. Om HD avslutningsvis anger att *grunderna för ett lagrum* tillämpats, åsyftar HD ett analogislut, vilket formellt sett innebär att lagtexten inte är direkt tillämplig. Det skall noteras att analog lagtillämpning¹⁸⁵ inte är samma sak som analog rättsfallstillämpning. Medan det är förhållandevis lätt att läsa ut om HD

¹⁸² Lars Heuman. Rättspraxis, s. 140.

¹⁸³ Hatt per definition – Vardaglig benämning på en dom som är resultatet av en kompromiss mellan stridiga meningar bland domstolsledamöter och som därför ofta innehåller blott en ganska intetsägande motivering. Juridikens termer.

¹⁸⁴ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 140.

¹⁸⁵ Lagtolkning per definition – Tolkning av ett lagbud el. – i vidsträckt mening – även av andra rättsregler. Man kan skilja mellan *restriktiv*, dvs. inskränkande, och *extensiv*, dvs. utvidgande lagtolkning, och analog lagtolkning. Lagtolkning ex *analogia*, dvs. avgörande av ett fall som inte innefattas under en lagregel i överensstämmelse med regeln, och lagtolkning e *contrario*, dvs. avgörande av ett dylikt fall på motsatt sätt som i lagregeln stadgas. Juridikens termer.

tolkat en lag analogt, går det inte att med full visshet veta om domstolarna kommer att acceptera en analog tolkning av ett rättsfall.¹⁸⁶

4.4.6 Hänvisningar till lägre domstolars skäl, även till särskilda yttranden

Lägre domstolars domslut och domskäl har viss inverkan på HD:s avgöranden. Ävenså har i vissa fall uttalanden från privaträttsliga organisationer, och från myndigheter (med särskild sakkunskap) viss inverkan. Vid rättsfallstolkningen är det emellertid härvid mycket viktigt att vara på sin vakt.

Om vi inledningsvis antar att HD:s och hovrättens domslut stämmer överens, innebär detta inte nödvändigtvis att HD accepterat underättens motivering. Med uttrycket ”*hovrättens dom fastställs*”, menas att hovrättens domskäl, i allt väsentligt, är välgrundade och accepteras – domskäl såväl som domslut. I sådana fall skrivs sällan några nya domskäl. Om HD däremot endast i domslutet uttalar att ”*hovrättens domslut fastställs*”, menar HD att det endast är slutet man är enig om, inte motiveringen därför. Noteras skall dock att i de fall HD väljer att skriva egna domskäl, och dessa stämmer överens med underättens i stort, det finns viss anledning anta att HD inte helt delat underättens uppfattning i sak. Det förekommer vidare att HD pekar ut vissa skäl som hovrättens dom vilar på, men därutöver anger egna skäl. Vid rättsfallstolkning i dessa fall är det absolut nödvändigt att man tar hänsyn till såväl hovrättens som HD:s domskäl i tillämpliga delar.¹⁸⁷

I en del HD-fall förekommer yttrande från myndigheter eller från privaträttsliga organisationer. Detta är ofta yttranden som dels citerats före HD:s dom, dels innehåller särskild sakkunskap, vilket kan ställa till problem vid rättsfallstolkningen. Detta gäller i synnerhet då HD inte explicit anger att viss motivering bygger på ett dylikt avgivet sakkunskapsutlåtande. I de fall

¹⁸⁶ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 140.

¹⁸⁷ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 140f.

ytrandena är långa och komplicerade, är det tänkbart att HD:s domskäl utgör en sammanställning av dessa, vilket kan belysa för domen bakomliggande ändamålsskäl samt konsekvensorienterade resonemang.¹⁸⁸

Avslutningsvis ett par ord om betänkandet. Ett betänkande är ett förslag till dom, utformat av revisionssekreteraren, vari denne hemställer, eller föreslår, att HD:s dom skall ha ett visst angivet innehåll. Bakgrunden är att många av HD:s mål avgörs utan att parterna är närvarande – målen avgörs på handlingarna. Det är i dessa fall som revisionssekreteraren upprättar sitt förslag till dom. Vid rättsfallstolkning är det viktigt att man inte blandar ihop det HD de facto anför i sin dom, och det revisionssekreteraren föreslår. Detta gäller även i de fall HD:s dom är formulerad *som om HD meddelat ett domslut*.¹⁸⁹

I de fall HD godtar revisionssekreterarens förslag, anges det med formuleringen *ledamöterna förenar sig om dom i enlighet med betänkandet*, vilket återges med vanlig stil i domen. När HD:s ledamöter däremot själva konstruerar en dom, dvs. avvikande från betänkandet, trycks detta finstilt.¹⁹⁰

4.4.7 Hänvisningar till rättsfall och till litteratur

Förutom att HD:s domskäl kan innehålla särskilda yttranden och hänvisningar till lägre domstolars avgöranden, innehåller de ibland även hänvisningar till rättsfall¹⁹¹ (återfinns under rubriken) och till litteraturen (återfinns antingen före referatet av HD:s dom eller någon gång efter rättsfallsreferatet (doktrin)). Även rättsfalls- och litteraturhänvisningarna får viss betydelse vid tolkningar av prejudikat.

¹⁸⁸ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 141.

¹⁸⁹ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 141.

¹⁹⁰ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 141.

¹⁹¹ Vad gäller rättsfallshänvisningar ger de ofta viktiga upplysningar om den explicita frågeställningen i preciserad form.

Det förekommer att HD sammanfattar hur ett viss rättsläge skall tolkas, och ibland hur äldre domar skall tolkas. Ävenså kan sällsynta rättsfall refereras av doktrin, varav HD sedan drar slutsatser. Som utgångspunkt får alla uttalanden som görs i domskäl av HD stor betydelse, men det är samtidigt viktigt att man studerar ursprungskällorna, åtminstone i de fall då direkta citat inte förekommer.¹⁹²

Man skall dock härvid göra åtminstone viss skillnad mellan å ena sidan det HD anger och, å andra sidan, det rättslärdas anför. Om HD anger hur doktrin och domar uppfattats är detta utgångspunkten vid tolkningen av ett avgörande. Anta emellertid att en jurist anser att HD missuppfattat något tidigare prejudikat, eller något uttalande i doktrinen. På vilket sätt påverkar detta rättsfallstolkningen? Jo, ett dylikt uttalande kan utgöra grund för kritik gentemot HD:s agerande i det fallet. Därvid stannar dock inflytandet på rättsfallstolkningen.¹⁹³

4.4.8 Obiter dictum och Ratio decidendi¹⁹⁴

Mellan anglosaxisk rätt och svensk föreligger stora skillnader. En väsentlig skillnad rör just prejudikat och vilka delar av domskälen som är bindande för domstolarna i strikt mening, och vilka delar som inte är det. Obiter dicta är de uttalanden som en domstol egentligen inte behöver göra för att kunna motivera ett visst domslutet, medan ratio decidendi är de domskäl som varit direkt nödvändiga för ett visst domslut. I anglosaxisk rätt är ratio decidendi bindande för domstolarna. För svensk del är denna distinktion inte av avgörande betydelse vid prejudikattolkning, men den förtjänar ändå viss uppmärksamhet.¹⁹⁵

¹⁹² Lars Heuman. Rättspraxis, s. 142.

¹⁹³ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 142.

¹⁹⁴ Per definition *Obiter dictum* – Ett uttalande ”i förbifarten”, särskilt använt, när det i en dom fälls ett uttalande som inte är nödvändigt el. prejudicerande. Per definition *Ratio decidendi* – Den rättsgrundsats varpå en dom bygger. Juridikens termer.

¹⁹⁵ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 144. Se även Jan Hellner. Rättsteori, s. 104.

Peczenik uttrycker det så att *de väsentliga egenskaperna hos prejudikatfallet utgör dess ratio decidendi; övriga domskäl utgör obiter dicta. Ratio decidendi omfattar således de skäl som är nödvändiga för prejudikatfallets utgång.*¹⁹⁶

Att notera är dock att när HD gör uttalanden i frågor som HD egentligen inte behöver besvara, så har dessa uttalanden lika stort prejudikatvärde som de andra domskälen. Det är domskälens sakiga tyngd, som alltså kan variera, som är av betydelse för prejudikatvärdet.¹⁹⁷

Om vi antar att HD i domskälen helt kortfattat uttalat sig i en specifik fråga, kan detta uttalande ha ett relativt lågt prejudikatvärde. Detta gäller t.ex. om man i efterhand kan konstatera att vissa argument inte uppmärksammats – detta oaktat om uttalandet antingen varit en nödvändig men mindre del av en omfattande argumentering, eller om det varit ett kortfattat uttalande av typen *obiter dictum*.¹⁹⁸

Skillnaden mellan *ratio decidendi* och *obiter dictum* åskådliggörs lätt genom ett exempel från verkligheten. AD 1976 nr 101¹⁹⁹ är härvid illustrativt. Dess bakgrund är i korthet följande: En svensk oorganiserad arbetstagarare och ett schweiziskt bolag, hade i ett anställningsavtal avseende arbetstagararens arbete för bolaget i Sverige, infört en s.k. prorogationsklausul. Klausulen anvisade schweizisk domstol i viss stad som forum för alla ur avtalet uppkomna tvister.

¹⁹⁶ Aleksander Peczenik. Juridikens teori och metod – en introduktion i allmän rättslära, s. 37.

¹⁹⁷ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 144.

¹⁹⁸ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 144.

¹⁹⁹ Hapimag, Hotel- und Appartementshaus, Immobilien Anlage Aktiengesellschaft i Baar, Schweiz mot Mona Mårtensson i Hok. Den fortsatta sammanställningen av kapitlet bygger på domen och på Aleksander Peczenik. Juridikens teori och metod – en introduktion i allmän rättslära, s. 37f.

Den oorganiserade arbetstagaren blev sedermera uppsagd, varefter denne väckte talan gentemot bolaget i tingsrätt, varvid hon bl.a. yrkade att uppsägningen skulle ogiltigförklaras. Vid tingsrätten uppkom fråga om rätten var förhindrad (icke behörig) att ta upp målet till prövning p.g.a. prorogationsklausulen. AD, hos vilken tvisten prövades efter fullföljd, förde följande resonemang i sina domskäl.

Först konstaterar AD att parterna är eniga om den tvistiga klausulens innebörd – dvs. att endast schweizisk domstol är behörig att pröva tvister med anledning av anställningsavtalet. AD ställer sig sedan frågan om anställningsavtalet verkligen skall ha denna verkan genom att granska svensk rätt på det internationellt processrättsliga planet. På den frågan svarar AD inledningsvis att prorogationsavtal/klausuler normalt sett - i allmänhet - tillerkänns verkan, varvid resultatet innebär rättegångshinder i Sverige.

AD granskar även arbetslivslagen (kap. 2 § 2), varvid man fann att *i arbetstvist i allmänhet arbetsgivaren får sökas vid tingsrätten i den ort där arbetstagaren har sitt hemvist medför inte att prorogationsavtal i tvist om tillämpning av anställningsskyddslagen skulle vara ogiltigt enligt 3 § första stycket anställningsskyddslagen.*

Därefter preciserar AD vad jag bedömer som ett materiellt sett mycket klart rättsläge, genom att peka ut fem argument för att ett avsteg från huvudregeln om prorogationsavtals rättsliga verkan borde göras. AD anför som motivering:

*”I detta fall föreligger emellertid omständigheter som enligt arbetsdomstolens mening bör föranleda avsteg från huvudregeln om prorogationsavtals rättsliga verkan”.*²⁰⁰

För det första (1) är arbetstagaren svensk, (2) bosatt i Sverige. Denne har vidare (3) utfört sitt arbete här i Sverige och (4) tvisten rör tvingande

²⁰⁰ Se sid. 695 i Arbetsdomstolens samling för 1976.

*bestämmelser i anställningsskyddslagen, vilken (5) utgör en social skyddslagstiftning.*²⁰¹

Frågan som härvid uppstår är om alla de fem faktorerna ovan utgör ratio decidendi? Hade utgången blivit densamma om någon, eller några av dem, saknats? Faktorerna tre, fyra och fem förefaller utgöra ratio decidendi, medan faktorerna ett och två förmodligen endast utgör obiter dicta.

4.5 En tolkningsmodell vid tolkande av prejudikat

Till hjälp för den som önskar tolka prejudikat (rättsfall i allmänhet), har Peter Westbergs tolkningsmodell²⁰² ett betydande värde. Detta gäller både vid förståelsen av fenomenet och vid själva tolkningen.

Westbergs modell är konstruerad som fyra imperativ i ett handlingsprogram, enligt följande:²⁰³

- 1. Identifiera rättsregeln!**
- 2. Fastslå vilken princip som rättsregeln ger uttryck för!**
- 3. Bestäm prejudikatets räckvidd!**
- 4. Bedöm prejudikatvärdet!**

²⁰¹ Det skall förvisso betonas att AD:s avgörande 1976 nr 101, inte är speciellt belysande för mitt syfte. Alla uppställda faktorer begränsar prejudikatets räckvidd. Om vi antar att endast faktor ett förelegat, hade saken varit en annan.

²⁰² Artikelns namn är Prejudikattolkningens ABC.

²⁰³ Peter Westberg. Prejudikattolkningens ABC, s. 585.

4.5.1 Att identifiera rättsregeln

Hur gör jag då för att identifiera rättsregeln i prejudikatet – vad säger prejudikatet i normativt hänseende? Hemligheten ligger i att tolkaren måste läsa ut *en positivrättslig regel som bildar mönster för framtida rättsfallstillämpning* (s.k. dogmatisk prejudikatstolkning). Detta är någonting som inte får blandas ihop med den slags verksamhet som går ut på att analysera och beskriva hur HD tolkat prejudikat, lagmotiv och doktrin – dvs. behandling av rättskällorna. Häri läggs inte heller analys och beskrivning av det sätt på vilket HD formellt strukturerat sina prejudikat. Inte ens det sätt varpå HD behandlat politiskt känsliga frågor, impliceras häri.²⁰⁴

Det första steget – identifierandet av rättsregeln – innebär att skriva om domskälen till en rättsregel, varvid den tolkande skall sträva efter att vara så bunden av domskälen som möjligt, vad gäller domstolens uttrycksätt och formuleringar - t.ex. av typen om-så-satser. Det är då viktigt att det första steget hålls isär från det tredje – prejudikatets räckvidd.²⁰⁵

Det är emellertid inte alltid lätt att finna rättsregeln i prejudikat – alla prejudikat är inte uppbyggda så att prejudikatinstansen explicit formulerat en regel. Ett möjligt tillvägagångssätt när rättsregeln är svår att finna, är att stegvis indirekt granska domskälen, så att rättsregeln därefter kan utskiljas. Det skall härvid understrykas att varje steg kan innehålla osäkerheter. Vad som sker när man tillämpar denna metod, är att prejudikattolkaren ringar in alla konkreta rättsfakta som styrkt målet mot en viss utgång, varefter de kan omformuleras till abstrakt beskrivna beståndsdelar. Dessa delar utgör sedan rekvisit i den sökta regeln. Vad gäller framsorteringen av fakta, sker denna genom en relevansprövning styrd av sorteringskriterier. Som utgångspunkt bör man ställa sig *frågan vilket problem som prejudikatinstansen har satt*

²⁰⁴ Peter Westberg. Prejudikattolkningens ABC, s. 595.

²⁰⁵ Peter Westberg. Prejudikattolkningens ABC, s. 595.

sig för att lösa, varefter de nödvändiga domskälen förhoppningsvis kan utkristalliseras.²⁰⁶

4.5.2 Att fastslå vilken rättsprincip rättsregeln ger uttryck för

Det andra steget i modellen för att tolka prejudikat, går ut på *att försöka slå fast vilka skäl som bestämt just den i prejudikatet uttryckt normen*. Det handlar i grunden om att försöka förstå varför prejudikatinstansen konstruerat just den funna regeln, och inte någon annan. Som bakomliggande faktor finns idén om att varje rättsregel i prejudikaten i sin tur kan återföras på allmänna överväganden som i sin tur ger uttryck för bakomliggande principer. Det är vid detta sökande av yttersta vikt att tolkaren är så texttrogen som möjligt, då det lätt händer att man efter eget huvud fäller omdömen i ena eller andra riktningen – antingen vad avser hur man menar att regeln borde motiveras, eller sådant man själv anser är tillräckligt för att rättfärdiga normen. Detta är viktigt eftersom det inte alltid råder överensstämmelse mellan vad en prejudikattolkare, å ena sidan, och prejudikatinstansen, å andra sidan, anser vara hållbart och logiskt försvarbart. Det är endast, så här långt, fråga om att göra prejudikatinstansens motiv möjliga att se.²⁰⁷

Det man söker efter är:

*”en allmän rättsgrundsats som inte bara regeln har härletts ur utan som också sammanfattar de värde, de skäl, som bär upp principen. Prejudikatets kärna är ju nämligen att uttrycka något rättsligt fundamentalt, något som skall vara allmänt vägledande. Det betyder att prejudikattolkaren presumerar att den konkreta tanken (den konkreta normen) vilar på en principiell idé. Genom att förstå denna idé, blir det inte bara lättare att sätta in prejudikatet i sitt större sammanhang, se dess plats i rättssystemet och koppling till andra delar däri. Det blir också lättare att i nästa steg i prejudikattolkningen bedöma prejudikatets räckvidd.”*²⁰⁸

²⁰⁶ Peter Westberg. Prejudikattolkningens ABC, s. 599f. Vad gäller överflödiga, respektive nödvändiga domskäl, se under rubriken Obiter dictum och Ratio decidendi.

²⁰⁷ Peter Westberg. Prejudikattolkningens ABC, s. 609.

²⁰⁸ Peter Westberg. Prejudikattolkningens ABC, s. 610f.

4.5.3 Att bestämma prejudikatets räckvidd

Nästa steg i modellen går ut på att finna rättsregelns räckvidd, dvs. dess tillämpningsområde. Detta sker genom en uttolkning av prejudikatet. I detta det tredje steget, är det dock viktigt att man håller isär tre sidor av uttolkningen av prejudikatregeln.

Först skall man avgöra innebörden i den identifierade regelns rekvisit och rättsföljd, varvid varje rekvisit tolkas för sig. Vidare skall tolkaren *försöka fastslå om prejudikatet egentligen sträcker sig längre än vad dess omdelbara ordalydelse anger*. Adekvata frågor man kan ställa sig i denna delen är om regeln kanske abstraherar ännu mer, varvid den får ett vidgat tillämpningsområde. Det kan bakom regeln dölja sig en ”tyst” norm, vilken har ett betydligt allmängiltigt innehåll. Avslutningsvis, och för det tredje, kan det finnas skäl att *försöka generalisera den princip ur vilken prejudikatdomstolen förefaller ha härlett i den konkreta rättsregeln*.²⁰⁹

4.5.4 Att bedöma prejudikatets värde

Det sista momentet i modellen kretsar kring frågan hur man bestämmer ett prejudikats värde. Momentet innebär en kritisk granskning av prejudikatet, vari reflexionen över det ”goda och onda” visar vägen för att förstå vad prejudikatets styrka är – såsom t.ex. nyttohänseende eller rättviseaspekter. Momentet handlar om att ta ställning till frågan om prejudikatet bör vara vägledande, och om svaret blir ja, i vilken utsträckning.²¹⁰

Westberg beskriver uppgiften som:

”Att utvärdera prejudikatet på dess egna premisser; ta reda på om prejudikatet verkligen håller vad det lovar. Det är ju meddelat för att lösa ett problem på ett sätt som skall underlätta för medborgare, domstolar, rättstillämpande förvaltnings myndigheter, advokater och andra jurister att framöver förebygga eller lösa samma eller liknande problem. Man brukar

²⁰⁹ Peter Westberg. Prejudikattolkningens ABC, s. 611ff.

²¹⁰ Peter Westberg. Prejudikattolkningens ABC, s. 613.

*allmänt säga att högsta instans första uppgift är att skapa rätt, inte skipa rätt i det konkreta fallet.”*²¹¹

Under själva utvärderingen av prejudikatet – den kritiska granskningen - krävs en måttstock vilken betstämmer prejudikatets kvalitet. Fem kvalitéer²¹² utpekas såsom kännetecknande för det goda prejudikatet. Om det skulle brista i något av dem påverkas prejudikatets användbarhet och funktion negativt (dvs. att uttrycka gällande rätt samt att vara vägledande).²¹³

Den exemplariska rättsatsen skall vara *begriplig*. Om den är oklar, mångtydig eller på annat sätt motsägelsefull, skulle detta innebära en brist i dess användbarhet och funktion. Rättsatsen skall vidare vara *rationellt motiverad*. Om vi antar situationen att rättsatsen inte är grundad på övertygande argument, är även detta en brist och dess användbarhet och funktion minskar. För det tredje skall rättsatsen vara *praktikabel*, vilket innebär att den skall vara möjlig att tillämpa i den utsträckning som avsetts, utan att för den sakens skull alstra allt för många tillämpningsproblem. Rättsatsen skall för det fjärde innehålla ett högt mått av *allmängiltighet* (ej kasuistisk), och sist, *vara avpassad efter rättsystemet i övrigt*. Den femte kvalitén syftar på situationen att prejudikatet kanske skapar motstridigheter inom rättsystemet, motstridigheter som försvårar systemets funktionskraft, eller än värre, *urlakar betydelsen av andra centrala regler*.²¹⁴

²¹¹ Peter Westberg. Prejudikattolkningens ABC, s. 614.

²¹² Kvalitetsaspekterna skall inte blandas samman med frågan om prejudikatet är relevant såsom källa för lösningen av en ny konflikt. Peter Westberg. Prejudikattolkningens ABC, s. 614.

²¹³ Peter Westberg. Prejudikattolkningens ABC, s. 614.

²¹⁴ Peter Westberg. Prejudikattolkningens ABC, s. 614.

5 Det rättsskapande momentet

5.1 Inledning

Arbetet är inte bara tänkt att ge en allmän beskrivning av prejudikat, om varför prövningstillstånd meddelas, och om när HD tillåts frångå en rättsgrundsats etc., utan är även tänkt att belysa hur det kan se ut när HD ändrar ett rättsläge, avvaktar med att ändra ett rättsläge, skapar eller fyller ut ett rättsläge eller t.o.m. helt kullkastar (se under rubriken *ratio decidendi* och *obiter dictum*) ett sådant.

5.2 Rättsskapande genom dömande

Innan jag lämnar plats för rättsfallen måste ytterligare ett klagörande göras. När man ger sig in i diskussionen om nyskapande av rätt är det viktigt att känna till att det ges mer eller mindre utrymme för detta inom olika rättsområden. Ett rättsområde inom vilket utrymmet för nyskapande är mycket stort, är skadeståndsrätten. Inom skadeståndsrätten pågår en sådan utveckling oavbrutet och i betydande omfattning, vid sidan om lagen. Inom andra rättsområden kan det förhålla sig på rakt motsatt sätt.²¹⁵

För att bäst åskådliggöra ett par situationer när domaren, eller domstolen/rätten, spelat en stor roll i den pågående rättsutvecklingen - i skapandet av rätten – tar jag hjälp av ett par av högsta domstolens avgöranden. Gemensamt för dem alla är att de vittnar om det skapande, nydanande momentet i rättskipningen. Än en gång är domskälen av intresse eftersom det är i utformandet av dessa som skapandet kan sägas äga rum.

²¹⁵ Erland Conradi. Skapande dömmande, s. 73.

5.2.1 Internationella rättsförhållanden

5.2.1.1 NJA 1979 s. 242 – Lagval

Ett belysande avgörande där HD, i avvaktan på förslag efter riksdagsbeslut om utredning vad avser internationella privat- och processrättsliga regler på faderskapsrättens område, inte föregick kommande lagstiftning, var i NJA 1979 s. 242. Av pedagogiska skäl bör detta fall inleda.

Målet rörde ett internationellt rättsförhållande och lagvalsfrågan vid prövning av en negativ faderskapstalan. Det skall tilläggas att när barnet föddes, var både barnets mor och dess far medborgare i en och samma utländska stat.

HD börjar med att konstatera att det enligt hävdvunnen uppfattning i både svensk doktrin och praxis, i mål om negativ faderskapstalan där modern och mannen är medborgare i en och samma utländska stat, ansetts vara i överensstämmelse med nationalitetsprincipens tillämpning, att bedöma frågan enligt lagen i den utländska staten. HD forstärker och påpekar dels att detta tillvägagångssätt även är fallet i utländsk rätt, dels att detta kommit till uttryck i tidigare avgörande från HD - NJA 1973 s. 151.²¹⁶

Efter att HD här givit rättsläget, gör man dock en reservation, och anför:

*”Mot bakgrund av lagändringar som därefter skett inom den interna svenska faderskapsrätten och inom den svenska internationella privaträtten på närbesläktade områden kan visserligen i och för sig goda skäl anföras för att man bör åtminstone modifiera den sålunda angivna tillämpningen av nationalitetsprincipen”.*²¹⁷

HD byter sedan fot, och konstaterar att det för att uppnå en fullt tillfredställande reglering, vad avser spörsmål om tillämplig lag i

²¹⁶ NJA 1979 s. 242. Sid. 244 i domen.

²¹⁷ NJA 1979 s. 242. Sid. 244 i domen.

faderskapsmål med internationell anknytning, krävs lagstiftning.²¹⁸ På detta område hade riksdagen nyligen begärt en utredning, som hade förutskickats av regeringen, varför HD avslutningsvis anför:

*”Tillräckliga skäl kan ej anses föreligga att med föregripande av denna utredning nu frångå den ståndpunkt som i praxis hittills upprätthållits beträffande lagvalet i mål av förevarande slag.”*²¹⁹

Notera här att HD, genom sin reservation, troligtvis ger den av riksdagen tillsatta utredningen en viss fingervisning om hur den ser på problemet.

5.2.2 Äganderätt till mark - Nomader

5.2.2.1 NJA 1981 s. 1 – Skattefjällsmålet

När det s.k. Skattefjällsmålet²²⁰ avgjordes 1981, hade frågor som rörde samernas rättigheter länge visats föga uppmärksamhet i Sverige.²²¹ Över

²¹⁸ NJA 1979 s. 242. Sid. 244 i domen.

²¹⁹ NJA 1979 s. 242. Sid. 244 i domen.

²²⁰ NJA 1981 s. 1.

²²¹ För den som vill veta mer om samernas rättsställning i Sverige och i Finland kan Kaisa Korpjaakkos avhandling (från september 1989. Lapplands Högskola i Rovaniemi), ”Saamelaisten oikeusasemasta Ruotsi-Suomessa (Samernas rättsläge i Sverige-Finland)”, vara av intresse. Arbetet handlar i huvudsak om samernas rätt till mark och vatten, och sträcker sig fram till år 1740. Bl.a. i Finland har arbetet väckt en *bestört debatt*. Korpjaakkos tidigare arbeten är förövrigt inte helt okontroversiella. Framförallt förekommer en hel del *besvärande fakta* vad avser den i Sverige tidigare förda linjen i frågan om samernas rättigheter. Eventuellt kan detta vara orsaken till att hon inte tidigare visats mera uppmärksamhet. Bertil Bengtssons kommentar i Samernas rätt i ny belysning. SvJT 1990 s. 138. Det som för HD framstod som en möjlighet att räkna med i skattefjällsmålet, anser Korpjaakkos vara en bevisad verklighet. Se Bertil Bengtsson. Samernas rätt i ny belysning. SvJT 1990, s. 140. Sist måste SOU 1999:25 (Samerna - ett ursprungsfolk i Sverige. Frågan om Sveriges anslutning till ILO:s konvention nr 169.) nämnas. Tyvärr stärker inte den utredningen samernas rättigheter i Sverige. Uppdraget i utredningen var att ta ställning till om Sverige kan ratificera ILO:s konvention nr 169 om ursprungsfolk och vilka åtgärder som i så fall krävs för att Sverige skall kunna efterleva bestämmelser i konventionen. En majoritet av berörda parter (markägare, kommunala företrädare, företrädare inom renskötseln samt statliga myndigheter) var mycket tveksamt till om en anslutning till konventionen skulle innebära att samernas markrättigheter skulle stärkas. Istället förespråkades pratiska lösningar, på loka nivå, genom förhandlingar mellan parterna. SOU 1999:25, s. 13ff.

huvud taget var samerna en folkgrupp som länge behandlats illa, inte minst av svenska staten.²²²

Målet, vars yrkanden underkändes, gällde i första hand frågan om några samebyar i Jämtlands län, hade äganderätten till stora markområden i de jämtländska fjällerna.²²³ I målet redogörs för framväxten under århundraden av samernas rättigheter, och huvudsakliga kritiska tidsperioder i slutet av 1600-talet. Huvudfrågan gällde om samernas bruk av de i målet omtvistade områdena, hade varit av sådan styrka och omfattning, samt i övrigt utövats på ett sådant sätt, att de berörda samerna därmed skulle kunna åberopa urminnes hävd och med detta äganderätten till områdena. Vidare diskuterades frågan om på vilken grund, samt från vilken tid, staten kunde åberopa äganderätten till de i målet omtvistade områden - från början förstås herrelösa.²²⁴ Eftersom områdena ansågs utgöra herrelös mark, kunde staten därmed göra anspråk på dem.²²⁵ Yrkandet underkändes och domens motivering innehåller uttalanden som är till stor förmån, inte bara för samernas, utan även för andra nomadfolks intressen – ny rätt skapades.²²⁶

Ett uttalande i domskälen, som skiljer sig väsentligen från en tidigare uppfattning, var det att ”de ansågs redan på grund av sin användning av fjällerna ha haft *möjligheten* i äldre tid att förvärva äganderätt (jmf. s.k. skattemannarätt²²⁷) till marken.”²²⁸ Detta uttalande skall jämföras med den

²²² Doktrinen på området har för det mesta förnekat att samerna någonsin haft äganderätten till markerna. Stort inflytande har Åke Holmbäcks utredning (SOU 1922:10) om lappskattelandsinstitutet och dess historiska utveckling haft. Se Bertil Bengtssons kommentar i Samernas rätt i ny belysning. SvJT 1990, s. 139.

²²³ Erland Conradi. Skapande dömande, s. 74. Skattefjällsmålet är för övrigt ett av HD:s mest omfattande avgörande.

²²⁴ Erland Conradi. Skapande dömande, s. 75. Uppfattningen att Gud skapade jorden, torde innebära att man inte kan anse områdena som från början Herrelös. Min notering.

²²⁵ Bertil Bengtsson. Samernas rätt i ny belysning, s. 138.

²²⁶ Erland Conradi. Skapande dömande, s. 74. Kontentan av domen kan sägas vara följande: Samerna har en stark, grundad på urminnes hävd, bruksrätt till de tvistiga markområdena. Denna innebar framför allt rätten till renbete, rätten till jakt och fiske, samt skogsfång för husbehov. Bertil Bengtsson. Samernas rätt i ny belysning. SvJT 1990, s. 138.

²²⁷ Förutsättningar för Skattemannarätt var enligt HD att bruket av fjället var intensivt, stadigvarande och väsentligen ostört av närboende, att området var geografiskt begränsat och att det fanns en tänkbar ägare som fyllde ovan ställda krav.

²²⁸ Bertil Bengtsson. Samernas rätt i ny belysning. SvJT 1990, s. 138.

traditionella uppfattningen, att nomader inte kan förvärva äganderätten till mark som de brukar, då de inte anses ha besittningen till denna.²²⁹

Genom den spännande konstruktionen att domslutet inte var till kärandens förmån, men att man i domens skäl yppade när möjligheter för äganderätten förelåg, skapades därvid nya rättigheter – genom uttalandena i skälen stod det efter avgörandet klart att nomader kunde vinna äganderätt till mark genom ockupation och genom urminnes hävd.²³⁰

Trots att HD dels visste att uttalandet skulle komma att väcka viss uppmärksamhet inom och utom landet, dels att uttalandet inte hade stöd i litteraturen, valde man denna lösning. Den konstruktion HD valde fick som sagt ingen avgörande effekt för målets utgång i sig (förutsättningar för äganderätt förelåg ju inte), men icke desto mindre kom avgörandet så småningom att få avsevärd genomslagskraft. Referenten i målet, Bertil Bengtsson, skriver i svar på cirkulärbrev till Erland Conradi:

*”Att i detta fall var jag för egen del verkligen glad för att kunna i någon mån förbättra ställningen för en illa behandlad folkgrupp, över huvud taget engagerade man ju sig mycket i samefrågorna under denna nästan årslånga rättegång”.*²³¹

Vad sist gäller domen från 1981, skall det understrykas att HD direkt undvek att ta ställning till hur rättsläget förhöll sig längre norrut, såsom i Torne- och i Kemi lappmarker, detta trots att tillfälle gavs. Det är här som den starkaste bevisningen föreligger för att samerna skulle kunna likställas med skattebönder (av domstolar och av myndigheter).²³²

Tilläggas i sammanhanget skall dock att de lagstiftande organen, när fallet var uppe i HD, stod i begrepp att återigen reglera samernas rättsställning, men avvaktade tills dess att samemålet var avgjort. Detta innebar att domen

²²⁹ Bertil Bengtsson. Samernas rätt i ny belysning. SvJT 1990, s. 138.

²³⁰ Erland Conradi. Skapande dömande, s. 74.

²³¹ Erland Conradi. Skapande dömande, s. 74f.

egentligen inte bara var lösningen på en konflikt, utan även synnerligen rättsbildande vad avser samernas rätt till mark och vatten samt rennäringens villkor.²³³

Efter att Skattefjällsmålet avslutats tillsattes Samerättsutredningen (se Samerätt och Sameting SOU 1989:41. Huvudbetänkande av sameutredningen), för att bl.a. utreda samernas rätt till mark och vatten. I utredningen finner man bl.a. att äganderättsprocesser inte kan uteslutas, men *att det är tveksamt om bifall till samernas talan i sådana mål skulle innebära positiva effekter för renskötseln generellt sett och att det från rennäringens synpunkt skulle vara olyckligt om samernas markrättigheter skulle variera från ett område till ett annat, beroende bl.a. på svårutredda historiska förhållanden*. Utredningens förslag är att den samiska bruksrätten skall förses med ett skydd jämförbart med äganderätten, då detta skulle tjäna de samiska intressena bättre.²³⁴

Betänkandet innehåller dock inte några skydd av högre kvalitet. Trots att vissa lagändringar föreslogs på bl.a. bruksrättens område, innebar förslaget även att samernas ställning förblir sämre än andra nyttjanderättshavares. Detta gäller i synnerhet gentemot intrång från det moderna storskogsbruket, vilket utgör ett allvarligt hot mot rennäringen. Även markägares möjligheter att företa åtgärder gentemot samerna och deras rättigheter, är större än den möjligheten markägarna har gentemot andra varaktiga nyttjanderätter till mark (såsom arrende och tomträtt). Detta, menar Bertil Bengtsson, visar än en gång hur samernas intressen får ge vika för ekonomiska och politiska överväganden, varvid hänsynen till samerna minskar i konflikter med starka statliga och privata intressen. Statens och de stora skogsbolagens

²³² Bertil Bengtsson. Samernas rätt i ny belysning. SvJT 1990, s. 139.

²³³ Erland Conradi. Skapande dömande, s. 75f.

²³⁴ Se SOU 1989:41, s. 258. Häri ur Bertil Bengtsson. Samernas rätt i ny belysning. SvJT 1990, s. 139.

verksamheter tillåts inte hämmas i en del av Sverige där sysselsättningen betyder mycket för invånarna.²³⁵

Med tanke på den försträkning av samernas rättigheter som HD:s dom banar vägen för, förefaller det osannolikt att diskussionen i denna fråga är slutförd.²³⁶

På detta sätt kan man säga att HD i vissa fall banar vägen för ny lagstiftning genom att på detta sätt röja juridisk terräng. Skälen för HD:s ställningstaganden torde vara humanitära.

5.2.3 Beviskrav och bevisbörda

5.2.3.1 NJA 1977 s. 176 - Klart mera sannolikt

I avgörandet NJA 1977 s. 176²³⁷ (bilen i gropen) formulerade HD en allmän rättsgrundsats som verkligen kommit att påverka rättsutvecklingen - man skapade en ny beviskravsregel som kom att förändra rättsläget i framtiden. Den egentliga frågan i målet var om man, pga. stora bevissvårigheter, borde frångå ett normalt stängt beviskrav.

Inledningsvis bör ett par saker noteras. För det första var fallet inte ett s.k. enighetsprejudikat – det fanns en minoritet. Mellan minoriteten och majoriteten bestod oenigheten i huruvida man borde välja ett principiellt skrivsätt eller inte. För det andra ges i fallet inget egentligt svar på *frågan hur mycket sannolikare kärandens orsaksförklaring måste vara [än svarandens] för att skadestånd skall utgå.*²³⁸

²³⁵ Bertil Bengtsson. Samernas rätt i ny belysning. SvJT 1990, s. 139.

²³⁶ Se t.ex. de frågor Bertil Bengtsson reser i artikeln (s. 140 sista stycket. Se även s. 141, sista stycket) Samernas rätt i ny belysning. SvJT 1990, s. 140.

²³⁷ Fråga om kravet på bevisning angående det händelseförlopp som skall läggas till grund för avgörandet av målet.

²³⁸ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 130f. Vad gäller minoriteten (två justitieråd) så ansåg de *att man inte kunde lämna utan beaktande att olyckan kunde ha föranletts av de förhållanden vägverket anför, och såg det inte blivit utrett att olyckan föranletts av att bilen kört ner i gropen* – kasuistisk domskrivning. Lars Heuman. Rättspraxis, s. 131.

Vad som vidare kan sägas vara typiskt för avgörandet, är att det inte inskränker sig till att svara på frågan vad som är gällande rätt, utan avgörandet fortsätter, och markerar tydligt hur denna typ av beviskravsproblem skall lösas i framtiden.

Fallet rörde i korthet följande:

Vid tiotiden en decemberdag kolliderade två personbilar med varandra på en riksväg. Bilarna körde i motsatt riktning mot varandra och vid kollisionen skadades den ena föraren så svårt, att han avled.

Dödsboet efter den avlidne förde skadeståndstalan gentemot vägverket, varvid man ansåg att orsaken till att den avlidne omkommit, var att dennes bil kommit ner i en grop på väggrenen, varefter han sladdat. Vägverket, å sin sida, invände att flera andra orsaker kunde vara anledningen till olyckan. T.ex. hade en oförsiktig ratt rörelse eller inbromsning, kunnat vara orsaken till olyckan.²³⁹

HD resonerade på följande sätt:

Man började med att konstatera att i mål om utomobligatoriskt skadestånd, parterna ofta är oense om vad som orsakat den aktuella skadan. HD fortsätter och säger att de olika händelseförloppen som parterna åberopar, ofta är fullt tänkbara, och *ettvar av varandra oberoende sakförhållanden framstå som möjlig skadeorsak*. HD konstaterar även att det i denna typ av fall, det som menas med full bevisning - dvs. i egentlig bemärkelse -, *knappas någonsin [kan] åstadkommas*, vilket emellertid inte skall utgöra något hinder vad avser bifall till skadeståndstalan.²⁴⁰

²³⁹ Erland Conradi. Skapande dömande, s. 76.

²⁴⁰ NJA 1977 s. 176. Sid. 181 i domen.

Det är efter detta HD formulerar sin nya lösning på beviskravsproblemet genom en allmän rättsgrundsats. HD anför:

*”Om det sålunda i betraktande av samtliga i målet förekomna omständigheter framstår som klart mera sannolikt att orsaksförloppet varit det som den skadelidande påstått än att något av de sakförhållanden som hans motpart åberopat har utgjort skadeorsaken, bör den skadelidandes påstående om händelseförloppet läggas till grund för domstolens avgörande”.*²⁴¹

I domen föll sedan följande utslag:

*”Vid en samlad bedömning av vad sålunda och i övrigt förekommit i målet finner HD, att sannolikheten för att sladdningen utlösts av att bilen kört ned i gropen eller att förefintligheten av gropen på annat avgörande sätt föranlett att bilen kommit i sladdning är så mycket större än sannolikheten för att olycksorsaken varit en annan, att det måste anses utrett i målet att olyckan orsakats på detta sätt.”*²⁴²

Med andra ord ansåg HD att sannolikheten för att gropen på ett avgörande sätt medverkat till den olycka som var orsaken till att personbilens förare avled, varit så mycket större, än sannolikheten för någon annan olycksorsak.²⁴³

Denna formulering kom sedan att påverka rättsutvecklingen märkbart. Det finns viktiga saker i fallet som måste betonas. Först avviker domen klart från den ditintills rådande uppfattningen, dvs. HD valde att ändra ett rättsläge. Vidare kom domen att påverka rättstillståndet på inte bara ett centralt, utan även ett praktiskt betydelsefullt område av rättslivet, vilket torde innebära att domen fick tydlig genomslagskraft i rättslivet.²⁴⁴

Heumans uppfattning om domen från 1977 förefaller välgrundad. Heuman framhåller att domen kanske mer var ett uttryck för ett försiktigt uttalande,

²⁴¹ NJA 1977 s. 176. Sid. 181 i domen.

²⁴² NJA 1977 s. 176. Sid. 182 i domen.

²⁴³ Erland Conradi. Skapande dömande, s. 76.

²⁴⁴ Erland Conradi. Skapande dömande, s. 76.

vilket tar sikte på en enskild situation, än ett allmänt principiellt uttalande. I allmänhet kan detta bero på att HD har svårt att finna någon allmän rättsats passande för alla typfall, eller då ett principiellt uttalandes alla konsekvenser kan vara svåra att överblicka.²⁴⁵

Vilken räckvidd har då detta rättsfall? Den bevislätnadsregel som kommer till uttryck i formuleringen *klart mera sannolikt* gäller endast vid kausalitetsbedömningar i utomobligatoriska mål. Vidare gäller den endast när det inte är möjligt att helt bevisa vilken av ett antal alternativa faktorer som framkallat en viss effekt.²⁴⁶

5.2.3.2 NJA 1981 s. 622 - Klart mera sannolikt än

NJA 1981 s. 622²⁴⁷ vittnar om 1977-års falls reella genomslagskraft (regeln förtydligas), vilket talar för att avgörandet dels var rättspolitiskt välmotiverat, dels väl avvägt. Detta kom att visa sig både i lagstiftningen²⁴⁸ och i rättstillämpningen.

1981-års fall rörde i korthet följande:

En lantbrukare bedrev sedan 1969 en odling av regnbågsforeller i dammar belägna i Västerviks kommun. Dammarna var anslutna till Vassbäcksåån. Ån utgjorde i sin tur avflöde i söder för sjön Kvännaren, vilken för övrigt hade ett antal tillflöden, och rinner ut i Hästhagssjön.²⁴⁹

Ett av dessa tillflöden är mottagare av avloppsvatten (såväl spillvatten som dagvatten) som förs ut i sjön genom en av kommunen anordnad avloppspumpstation – idag kallat avloppsdiket. Vidare avbördades s.k.

²⁴⁵ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 130.

²⁴⁶ Lars Heuman. Rättspraxis, s. 131.

²⁴⁷ Fiskodlare yrkar skadestånd enligt miljöskyddslagen av kommun, under påståendet att hans fiskar förgiftats av utsläpp från kommunens avloppsanläggning. Fråga om kravet på bevisning om orsakssammanhanget...

²⁴⁸ T.ex. miljöskadelagen. Ulf Nordensons anmärkning. Erland Conradi. Skapande dömmande, s. 76.

dagvatten från ett industriområde genom kommunala dagvattenledningar till diket. I februari 1973 dog ca. 40 000 regnbågsforeller i fiskodlingen. För dessa skador yrkar sedan lantbrukaren/fiskodlaren ersättning av kommunen på grunderna:

”att från avloppsdiket härrörande avloppsvatten bemängt med fenol och andra gifter kommit in i dammarna där fisken fanns och orsakat fiskarnas död och att kommunen, som är huvudman för avloppsverket, genom försummelse i skilda hänseenden varit vållande till det inträffade eller, även om vållande ej skulle kunna visas, var ansvarig för detsamma enligt reglerna för strikt ansvar i 30 § miljöskyddslagen.”²⁵⁰

Kommunen bestred bifall för kärandens talan, och anförde för egen del:

”att det ej visats att fiskarna dött till följd av förgiftning som orsakats av kommunen eller för vilken kommunen enligt det åberopade lagrummet, som icke kunde anses tillämpligt, skulle vara ansvarig. Om skadestandsgrund likväl skulle anses föreligga hävdade kommunen att Åke B (jordbrukaren/fiskodlaren) varit medvållande i sådan grad att skadeståndet skulle jämkas till noll.”²⁵¹

När målet var uppe i HD, anförde dock kommunen endast att *skadan kan uppkommit genom syrebrist, vartill förekomst av svavelväte kan ha bidragit.*²⁵²

Precis som i 1977-års fall kommer HD till sin slutsats genom en systematisk genomgång av samtliga omständigheter i målet. HD börjar med att slå fast att det på grund av utredningen i målet, inte helt går att fastställa vad som orsakat fiskdöden, vilket emellertid inte utgör något hinder för att bifalla kärandens talan.²⁵³ Det är efter detta HD gör ett tillägg till den i 1977-års fall anvisade metoden för problemlösningen.

²⁴⁹ NJA 1981 s. 622. Sid. 622 i domen.

²⁵⁰ NJA 1981 s. 622. Sid. 622 i domen.

²⁵¹ NJA 1981 s. 622. Sid. 622 i domen.

²⁵² NJA 1981 s. 622. Sid. 632 i domen.

HD anför:

”I en del skadeståndstvister, där orsakssammanhanget är omstritt mellan parterna, får det anses tillräckligt för att man skall godta den skadelidandes påstående om ett visst orsaksförlopp, att detta framstår som klart mera sannolikt än någon förklaring till skadan som lämnats från motsidan (jfr NJA 1977 s. 176) och därtill även i sig är sannolikt med hänsyn till omständigheterna i målet. Just när det gäller så svåröverskådliga och komplicerade händelseförlopp som föroreningar genom miljögifter och liknande ter sig en sådan lindring av beviskravet särskilt motiverad.”²⁵⁴

5.2.3.3 NJA 1984 s. 501 – Mera antagligt

Även på försäkringsrättens område har HD haft anledning att konstruera en allmän rättsgrundsats, som påminner om den sats som skapades i 1977-års fall, och som byggdes ut i 1981-års fall.

Fallet NJA 1984 s. 501 (I & II) gällde beviskrav när ägare – det gäller två olika försäkringsfall - till motorfordon med motorfordonsförsäkring på fordonet, framställde krav på ersättning för skada gentemot försäkringsbolaget. Bakgrunden till kraven på ersättning för skada, var att fordonet olovligen tagits och brukats.

HD börjar med att konstatera att av allmänna processuella grundsatser följer att det är försäkringstagaren som har bevisbördan för att försäkringsfall föreligger. Därefter börjar HD resonera om vilka beviskrav som bör ställas på denne i ett dylikt fall.

”Det är av naturliga skäl ofta omöjligt att föra full bevisning om att en bil tagits och brukats olovligen. Helt allmänt framstår därför en lindring av beviskravet som påkallad. En avvägning får därvid ske mellan motstridande intressen. Det är å ena sidan angeläget att den lojale försäkringstagaren

²⁵³ NJA 1981 s. 622. Sid. 632 i domen.

²⁵⁴ NJA 1981 s. 622. Sid. 632 i domen. I fall av bevislättnader som införts vid skadeståndskrav på grund av miljögifter, skall noteras att dessa idag är lagfästa i § 3 miljöskadelagen. Erland Conradis notering. Erland Conradi. Skapande dömande, s. 77.

skall kunna känna trygghet för att hans försäkring verkligen ger honom skydd i en situation av ofta stor ekonomisk betydelse.”²⁵⁵

Detta är utgångspunkten vid HD:s bedömning. HD fortsätter och anför:

”Å andra sidan är det av vikt för försäkringstagarna som kollektivt att inte försäkringsgivarens risktagande skall bli så stort att premierna blir oacceptabelt höga. Med särskild hänsyn till skyddsintresset bör beviskravet formuleras så att försäkringstagaren skall anses ha fullgjort sin bevisskyldighet, om det vid en helhetsbedömning av samtliga omständigheter framstår som mera antagligt att försäkringsfall föreligger än att så inte är förhållandet ”²⁵⁶

Satsen ”mera antagligt – än”, ger uttryck för uppfattningen att man ansåg att beviskravet i denna typ av mål borde lindras väsentligt i förhållande till vad som i allmänhet gäller för tvistemål. Vidare bör noteras att satsen går längre än den som formulerades i 1977-års fall ”klart mera sannolikt”.

Avslutningsvis vittnar formelns flitiga användande om att den anses rimlig och av stort värde.²⁵⁷

5.2.4 Ny utveckling

Vårt samhälle befinner sig i ständig förändring. Allt ifrån ny teknik till nya kontraktstyper kräver emellanåt nyskapande i rättsutvecklingen. Nedan följer ett par illustrativa HD-avgöranden på hur den snabba samhällsutvecklingen har föranlett HD att förändra rätten.

5.2.4.1 NJA 1972 s. 253 - Fullbordanspunkten vid butiksstöld

Fallet rörde i korthet en man som i Schannongs Glas- och Porslinshandel tagit ett askfat (Lalique-fabrikat) av glas från en hylla, och därefter gömt det

²⁵⁵ NJA 1984 s. 501. Sid. 505 i domen.

²⁵⁶ NJA 1984 s. 501. Sid. 506 i domen.

²⁵⁷ Erland Conradi. Skapande dömande, s. 78. För de båda satserna, se Per Olof Ekelöf över Bengt Lindells avhandling: Sakfrågor och rättsfrågor. Per Olof Eklöf. Anm. Av Bengt Lindell: Sakfrågor och rättsfrågor. SvJT 1988, s. 23ff (framförallt s. 25).

i en av sina rockfickor. Efter att butikens personal uppmärksammat händelsen, och påpekat sina iakttagelser för mannen, återlämnades askfatet.

I fallet måste även Sveriges särställning i världen, vad avser svenska domstolars beroende av förarbeten, understrykas då en fråga i målet var vilken betydelse som skulle tillmätas uttalanden i lagmotiven vid lagtolkningen. Bruket av förarbeten i svensk rätt anses borga för enhetlighet vid lagtillämpningen.²⁵⁸

Det är emellertid viktigt att komma ihåg att HD är mindre bunden av lagmotiven, än vad undersinstanserna är. Detta beror på att efter att HD har prövat rättsfrågan i det aktuella målet, är det HD:s utslag, dvs. inte förarbetena, som i realiteten borgar för enhetligheten i den fortsatta rättstillämpningen.²⁵⁹

NJA 1972 s. 253 kan sägas vara representativt för när den tekniska utvecklingen i samhället föranleder domstolar (HD) att avvika från både principer och värderingar som kommit till uttryck i en lags förarbeten.

Den centrala frågan i målet var när tillgrepp av varor i affärer av olika typer, skall anses såsom ett fullbordat brott. Problematikens upprinnelse var att nya försäljningssystem (självbettjäningsbutiker t.ex.) hade uppkommit, och med detta rådde ej enighet mellan å ena sidan lagens förarbeten, och, å andra sidan, verkligheten.²⁶⁰

I fallet var de aktuella förarbetena 30 år gamla – 1942-års lagstiftning om förmögenhetsbrott – och innebar i korthet att en stöld skall anses såsom fullbordad redan vid det tillfälle gärningsmannen tagit saken med uppsåt att tillägna sig den.²⁶¹

²⁵⁸ Erland Conradi. Skapande dömande, s. 79.

²⁵⁹ Erland Conradi. Skapande dömande, s. 79.

²⁶⁰ NJA 1972 s. 253. Sid. 260 i domen.

²⁶¹ Erland Conradi. Skapande dömande, s. 80.

Det som då (dvs. 1972) definierades som stöld, snatteri etc., enligt kap. 8 BrB, hade övertagits från 1942-års lagstiftning om förmögenhetsbrott, utan några större ändringar i sak (däri särskilt definitionerna på stöld, snatteri och på egenmäktigt förfarande). Detta ansåg HD inledningsvis föranleda dem att låta 1942-års lagstiftning ligga till grund vid tolkningen av BrB:s bestämmelser.

1942-års lagstiftning var helt anpassad efter dåtidens förhållanden. Enligt dess förarbeten var en stöld obönhörligen fullbordad redan i och med att gärningsmannen tagit den aktuella saken med uppsåt att tillägna sig denna.²⁶²

HD väljer emellertid att försätta sitt utredande. Först konstaterar man att när 1942-års lagstiftning skrevs, butiksfloran såg något annorlunda ut än vad den gör idag. De första s.k. självbetjäningsbutikerna började dyka upp först i mitten av 1940-talet. Detta har, fortsatte HD, föranlett praxis att slå in på en annan väg.²⁶³ Åtminstone två avgöranden var därvid av intresse, NJA 1965 s. 398 och NJA 1964 s. 97.

I 1964-års fall ansågs en kund i ett varuhus med flera olika avdelningar, olovligen ha satt sig i besittning av vissa plagg, när kunden dels dolt plaggen i fråga, dels förflyttat sig från den avdelning där plaggen egentligen hörde hemma, till en annan avdelning. Vad sedan gäller 1965-års fall, slogs däri fast ”att ett tillgrepp av vara i självbetjäningsbutik med kassaspärr, är fullbordat först när kunden passerat spärren utan att uppvisa eller betala för varan.”²⁶⁴

²⁶² NJA 1972 s. 253. Sid. 260.

²⁶³ NJA 1972 s. 253. Sid. 260f.

²⁶⁴ NJA 1972 s. 253. Sid. 261 i domen.

Efter att HD även berört problematiken med att det i praxis inte fanns enhetliga regler att följa (tycks existera), formulerar man sig enligt följande:

”Starka skäl synes istället tala för att, i det hänseende som nu är i fråga, tillämpa en enhetlig regel beträffande alla typer av butiker, där det är tillåtet för kunderna att själva ta varorna och medföra dem till en kassa eller en expedit. Med hänsyn till den utveckling som redan ägt rum i rättspraxis måste denna regel bli, att fullbordat tillgrepp icke anses föreligga förrän varan förts ut från butiken eller, i fråga om varuhus med klart avgränsande avdelningar, ut från avdelningen. När butik eller varuhusavdelning är försedda med kassaspärr, innebär passerandet av spärren helt naturligt att varan förs ut från butiken eller avdelningen.”²⁶⁵

Domen avslutas med att HD konstaterar att den tilltalade inte gjort sig skyldig till något fullbordat tillgrepp. Ovan nämnda, tillsammans med det faktum att om ett olovligt tillgrepp fullbordats, detta inte skulle ha bedömts som svårare än snatteri eller egenmäktigt förfarande (askfatets värde var 61 kr), gjorde att HD ogillade åtalet (stöld). Försök till snatteri är var inte straffbelagt.

Sammanfattningsvis kan sägas att HD dels gör avsteg från lagmotiven då dessa ansågs otidsenliga, dels sammanför HD en tämligen brokig praxis till en enhetlig princip för en framtida förenklad rättstillämpning.

5.2.4.2 NJA 1978 s. 147 - Letter of intent/viljeförklaring

Ett relativt nytt fenomen åtminstone för jurister, är s.k. viljeförklaringar. Kontraktstypen är från början en amerikansk företeelse, som kom att etableras på 1960- och 70-talet. Letters of intent kan sägas vara resultatet av den snabbhet som affärlivet kräver, och är från början en konstruktion för affärsmän – detta ställer ofta till problem för jurister, då institutet skapats utan stabil förankring i rättsreglerna. Med andra ord är det näringslivets

²⁶⁵ NJA 1972 s. 253. Sid. 261f i domen.

oskrivna handlingsregler som för att underlätta ekonomisk omsättning, grundlagt dess framväxt. Detta skapar ofta problem för juristen, då:

*”LI markerar en seriös avsikt att åtminstone utreda förutsättningarna för projektets genomförbarhet; dock utan legala bindningar för den händelsen det så småningom visar sig att man inte kan, orkar eller i slutändan vill genomföra projektet.”*²⁶⁶

Vidare saknar institutet enhetliga regler för form och innehåll, vilket torde bero på dess många olika syften och formuleringar (såsom t.ex. heads of agreements, letter of understanding och memorandum of understanding etc.). Emellertid skulle man kunna sluta sig till att om dokumentets rubrik är Letter of intent, syftet är att det inte skall vara slutgiltigt bindande, utan endast resultera i en moralisk förpliktelse - en avsiktsförklaring om att samarbeta i framtiden.²⁶⁷

Egentligen är det inte frågan om någonting annat än avtalslut som ingås successivt - avtalslut som sker i skilda etapper. Lite kategoriskt och enkelt skulle man kunna sammanfatta Letter of intent som ett avtal att i framtiden ingå avtal. Detta ”avtal” ingås utan att parterna för den sakens skull ikläder sig avtals förpliktelser.²⁶⁸

Inledningsvis, för vårt syfte kan sägas att HD framförallt kastar mer ljus över hur man skall se på fenomenet letter of intent, och även när skadestånd kan bli aktuellt.

Fallet NJA 1978 s. 147 rörde ett projekteringsavtal mellan en fastighetsägare (Abacus) och ett livsmedelsföretag (Tössbergs). Tössbergs och Abacus ingick en muntlig överenskommelse om en framtida upplåtelse av butikslokal. Butikslokalen skulle vidare uppföras enligt de anvisningar Tössbergs angav. Tvistens upprinnelse var att efter det att bottenvåningen

²⁶⁶ Sven Holmgren och Dick Lundqvist. Letter of intent. Vårt mer än pappret? Sid. 34.

²⁶⁷ Sven Holmgren och Dick Lundqvist. Letter of intent. Vårt mer än pappret? Sid. 35f.

²⁶⁸ Sven Holmgren och Dick Lundqvist. Letter of intent. Vårt mer än pappret? Sid. 34.

samt ytterligare en våning uppförts, förkunnade Tössbergs att man avstod från att etablera sig. Som en konsekvens av detta blev fråga i målet om vem som skulle stå för de uppkomna kostnaderna för bygget.

Vad först gäller själva avtalet, fann HD att en överenskommelse *av detta lösliga slag* varken kunde medföra någon absolut, eller ens någon villkorad skyldighet, för någon av de båda parterna att träffa upplåtelseavtalet.²⁶⁹

Vidare finner HD att det inte går att i överenskommelsen tolka in något ansvar för Tössbergs att bära onyttiga kostnader (såsom projekterings- och installationskostnader) för det fall att upplåtelseavtalet aldrig blev verklighet.²⁷⁰

Emellertid kom HD till en för oss viktigt slutsats, nämligen vad projekteringsavtalet *de facto* innehöll för förpliktelser. HD fastslår i domen att genom projekteringsavtalet det för parterna uppkommit en plikt *att samarbeta med sikte på en framtida lokalupplåtelse och därvid ta skälig hänsyn till medkontrahentens intresse.*²⁷¹

HD finner vidare att det måste stått klart för parterna att projekteringsavtalet innebar visst risktagande, då upplåtelseavtalets genomförande berodde på ett flertal osäkra faktorer. Detta, forsatte HD, visade sig bl.a. för Abacus vad avser deras planering och inredning av den aktuella lokalen efter Tössbergs önskemål. HD fortsätter i detta och anför:

*”Med hänsyn härtill har visserligen Tössbergs varit skyldig att lojalt verka för ett definitivt avgörande i etableringsfrågan, innan Abacus ådragit sig mer omfattande projekteringskostnader, och hålla Abacus underättat om hur frågan utvecklade sig på Tössbergs´ sida.”*²⁷²

²⁶⁹ NJA 1978 s. 147. Sid. 156 i domen.

²⁷⁰ NJA 1978 s. 147. Sid. 156 i domen.

²⁷¹ NJA 1978 s. 147. Sid. 156 i domen.

²⁷² NJA 1978 s. 147. Sid. 156 i domen.

Projekteringsavtalet kom sedan att underkännas såsom ett bindande föravtal, eftersom det ansågs för lösligt – genom att det saknades ett preciserat innehåll.

Vad kan vi då finna för spår av nyskapande i den här domen? Åtminstone två frågor bör ur ett sådant perspektiv beröras - dels lojalitetsplikten, dels att *Culpa in contrahendo* är en nödvändig förutsättning för att en avsiktsförklaring skall kunna leda till skadestånd.

Vad gäller projekteringsavtalet som sådant kan man genom domen sluta sig till att det inte saknade rättslig betydelse trots att det underkändes som föravtal. HD:s sats - *Genom projekteringsavtalet kan därför endast anses ha uppkommit förpliktelser för parterna att samarbeta med sikte på en framtida lokalupplåtelse och därvid ta skälig hänsyn till medkontrahentens intressen* - ger utgångspunkten. Om nu Tössbergs på något sätt hade svikit några av sina förpliktelser, hade skadestånd blivit aktuellt – culpa i någon bemärkelse. Emellertid godtogs projekteringsavtalet som en viljeförklaring, vilket i sig har betydelse som styrinstrument (vid culpabedömningen), för parternas fortsatta samarbete. Detta innebar i sin tur att avtalet hade betydelse för parternas fortsatta handlande. Slutet blir att *Culpa in contrahendo är en nödvändig förutsättning för att en avsiktsförklaring skall kunna föranleda skadeståndsansvar, varvid mycket kommer an på vilka krav som ställs för att culpa skall anses vara för handen.*²⁷³

HD har för övrigt i sitt avgörande NJA 1990 s. 745²⁷⁴ vidareutvecklat sin syn på avsiktsförklaringar och culpa in contrahendo.

²⁷³ Axel Adlercreutz. Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal (om ”letters of intent”, principöverenskommelser m.m.). SvJT 1987 s. 493. Sid. 502.

²⁷⁴ Fallet rörde licensrättigheter till vacuum pump.

5.2.4.3 NJA 1986 s. 217 - Factoring

Factoring är också en relativt ny företeelse i Sverige. I princip fungerar institutet enligt följande:

En säljare tar upp ett lån hos ett företag (factorn). Detta företag har till uppgift att bevilja krediter. Som säkerhet för lånet pantsätter säljaren innehavda kundfordringar enligt fakturor, vilka även överlämnas till factorn. Precis som vid pantsättning i allmänhet, uppkommer vid factoring s.k. överhypotek.²⁷⁵

I NJA 1986 s. 217 hade en säljare (DR-bolaget Nordvästskåningen AB) pantförskrivit detta överhypotek hos en annan borgenär (AB Smålänningen), och fråga i målet var om giltigheten mot tredje man av säljarens andrahandspantsättning av kundfordringar. Kundfordringarna var tidigare pantsatta i ett av DR-bolaget ingått factoringavtal med Independent Factoring AB (factor), såsom säkerhet för factorns fordran på säljaren (DR-bolaget).

Vid pantsättningen av överhypoteket till AB Smålänningen hade säljaren underättat factorn, men däremot inte fakturakunderna, om andrahandspantsättningen. Närmare bestämt gällde frågan om det för giltigheten krävdes att kunderna blivit underrättade om andrahandspantsättningen. Det är detta parterna i målet tvistade om. Å ena sidan menade AB Smålänningen att det för giltigheten inte krävdes att kunderna underättats, medan konkursboet, å andra sidan, menade att underrättelsen varit nödvändig.²⁷⁶

Bakgrunden till fallet är i korthet följande:²⁷⁷

1978 ingick DR-bolaget Nordvästskåningen AB (säljare), ett factoringavtal med Independent Factoring AB (factor). DR-bolaget Nordvästskåningen är

²⁷⁵ Erland Conradi. Skapande dömande, s. 85.

²⁷⁶ NJA 1986 s. 217. Sid. 223 i domen.

ett tidningsbolag. Avtalet innebar att factorn åtog sig att lämna säljaren viss kredit (fakturalån²⁷⁸), mot pant i form av säljarens samtliga fortlöpande fakturerade kundfordringar. Kundfordringarna var resultatet av att säljaren gav ut DR-tidningen. Mot detta förband sig säljaren att till factorn pantförskriva samtliga av sina fakturafordringar. Säljaren förband sig även att efter hand som faktureringen ägde rum, till factorn skicka fakturakopior *avseende samtliga fakturafordringar jämte pantsättningshandlingar enligt formulär som tillhandahölls av factorn.*

Såsom ytterligare säkerhet för lånet och andra skulder till factorn, pantsatte säljaren samtliga fakturafordringar som factorn mottagit som betalningsmottagare.

Vad sedan gäller andrahandspantsättningen, så innebar den att säljaren såsom säkerhet för förpliktelser gentemot AB Smålänningen, pantförskrev alla de fakturafordringar som i första hand pantsatts hos Independent Factoring AB. Det var härvid frågan om fakturafordringar som uppstod eller uppstått i säljarens rörelse respektive de för dessa inflytande betalningar. Detta med reservationen för att fordringarna eller betalningarna inte behövdes för säljarens förbindelser gentemot factorn. Vad sist gäller underrättelsen om andrahandspantsättningen, har den endast gått till factorn, dvs. inte till säljarens (DR-bolagets) kunder.

²⁷⁷ NJA 1986 s. 217. Sid. 223ff i domen.

²⁷⁸ Fakturalånet var en löpande kredit som fick tas i anspråk upp till 500 000 kr vid var tid. Två begränsningar i själva lånet fanns dock. För det första hade factorn rätt att pröva huruvida viss fakturafordran godtog såsom belåningsbar pant eller ej. För det andra, vad avser ianspråktaget kreditbelopp, gällde förutom gränsen om 500 000 kr, att säljaren endast tilläts ha en skuld till factorn som motsvarade 80 % av summan av de fakturafordringar som säljaren vid varje tillfälle skickat denne. Vad gäller factornes prövorätt, fanns s.k. minimikrav för att en kundfordring skulle accepteras såsom pant. Ett av dessa var att följande text skulle finnas på kundens faktura, samt på factornes kopia:
"Vår fordran enligt denna faktura har överlåtits till Independent Factoring AB, Box 7463, 103 92 Stockholm 7, varefter den överlåtits till Uplandsbanken. Betalning skall ske till Independent Factorings bank- eller postgirokonto enligt nedan, som disponeras av banken."

HD börjar med att slå fast vilken lag som skall anses vara tillämplig vid andrahandspantsättning av enkla skuldebrev. Genom att HD granskar ett tidigare rättsfall (NJA 1980 s. 197²⁷⁹), finner man att skuldebrevslagen är tillämplig, inte 1936-års lag (1936:88) om pantsättning av lös egendom som innehas av tredje man. Efter detta gör HD en analogi från samma avgörande (fordran p.g.a. entreprenads avtal) och anför att samma sak skall gälla i fråga om andra fordringar som inte grundar sig på löpande skuldebrev. Detta innebär, för att pantsättningen skall bli gällande gentemot pantsättarens borgenärer, att gäldenären (enligt § 31 st.1 jmf. § 10 skuldebrevslagen) underrättats om denna.

Därefter följer det rättsskapande momentet.

Inledningsvis kan sägas att HD, utan att göra alltför stora eftergifter för teoretiska krav, fann en praktisk lösning på problemet. HD börjar med att granska de två syften som denuntiationen skall fylla, varefter ändamåssynpunkter dirigerar HD till domslut. HD börjar med att fastslå att underrättelsekravet tjänar två syften: publicitet (undvikande av skentransaktioner) och vikten av att se till att säljaren inte tar betalt direkt av kunderna. Genom en utförlig argumentation fann HD därefter att dessa båda krav tillgodosågs i fallet, trots att endast factorn underrättats, varför sakrättsligt skydd uppnåtts för andrahandspantsättningen. Det har spekulerats i om det faktum att alla fakturakunder i annat fall skulle ha behövt underrättas, spelat en avgörande roll för fallets utgång.²⁸⁰

²⁷⁹ Fallets rubrik - Andrahandspantsättning av fordran på grund av entreprenadavtal, om vilken åtgärd gäldenären inte blivit underrättad, har ansetts inte gällande mot pantsättarens borgenärer. 31 § 1 st, jämfört skuldebrevslagen. Se framförallt sid. 202f. i domen för HD:s resonemang.

²⁸⁰ Erland Conradi. Skapande dömande, s. 86. Se även Ulf Göransson's kommentar till domen i SvJT 1987, s. 484. Sid. 487f.

5.2.5 Ideell art

5.2.5.1 NJA 1979 s. 212 – Naturvårdens intresse

I HD:s avgörande NJA 1979 s. 212, var utgångspunkten ett vattenmål. Fallet är spännande för oss av den anledningen att HD i avgörandet gjorde ett klart avsteg från vad de tekniskt inriktade vattendomstolarna ansåg (HD gick emot två eniga underinstanser), och tog därefter en klar ställning för att naturen dels skulle ges så fördelaktiga premisser som möjligt, dels för att detta måste tillåtas kosta en del pengar. HD tillvaratar därmed naturvårdens intresse. Hänsynen till naturen var för övrigt en bevekelsegrund, som kom att växa sig allt starkare under slutet av 1900-talet.²⁸¹

I sak gällde målet tillämpningen av kap. 2 § 2 vattenlagen i fråga om minimivattenföring från sjön Siitasjaure. Minimivattenföringen gällde på ett avstånd av fyra och en halv mil mellan sjöarna Siitasjaure och Kakerjaure, på gränsen mellan Sjauna fågelskyddsområde och Stora Sjöfallets nationalpark.²⁸²

På den ifrågasvarande sträckan hade Vattenfall fått tillstånd att bygga en kraftstation – Ritsems kraftstation. Vattenfall hade även rätten att ur en tunnel ta huvuddelen av det vatten som annars letade sig fram genom en *sällsynt vacker älvdal* – Teusadalen. I målet yrkade kammarkollegiet minimitappning under vintrarna i älvsträckan, vilket Vattenfall motsatte sig.²⁸³

HD beaktade i korthet följande vid sin bedömning:

Om å ena sidan inte någon tappning av älven tilläts, fanns det risk för att älven med detta skulle bli bottenfrusen under vintrarna med långtgående negativa konsekvenser för fauna och flora. Om å andra sidan tappning

²⁸¹ Erland Conradi. Skapande dömande, s. 82.

²⁸² Erland Conradi. Skapande dömande, s. 82.

²⁸³ Erland Conradi. Skapande dömande, s. 82.

tilläts, skulle detta innebära betydande kostnader vad avsåg byggnader, underhåll samt för drift. En avsevärd energiförlust var även att räkna med.²⁸⁴

HD formulerar sig så här:

*”Härvid måste å ena sidan vägas in att Sverige med sitt stora oljeberoende har god användning av varje energitillskott som vattenkraften kan ge samtidigt som den vattenkraft som ytterligare kan byggas ut är med hänsyn till ekonomiska förutsättningar och från miljöskyddssynpunkter begränsad. Å andra sidan måste beaktas att tillgången på orörd natur alltmer minskar. Sistnämnda förhållande gör det angeläget att, när natur måste tas i anspråk för vattenkraftsbyggnad eller andra ändamål, vidtaga sådana jämkningar i företag som utan oskäligen kostnader leder till att livet i det exploaterade området i fortsättningen ges så gynnsamma betingelser som är möjligt. Särskilt gäller detta när fråga är om så värdefull natur som Teusadalen.”*²⁸⁵

Domstolen ålägger därefter Vattenfall att utföra anordningar för minimitappning.²⁸⁶

5.2.5.2 NJA 1962 s. 750 – Konsthantverk eller konstindustri

Rättsfallet om den s.k. Stringhyllan, på sin tid mycket känd, förtjänar viss uppmärksamhet. Målet avgjordes innan lagen om mönsterskydd hade tillkommit. Fallet är här av intresse, då domen när den kom, ansågs vara av betydelse för ett relativt nytt rättsområde – nyskapande genom att rätten byggs ut.²⁸⁷

Fakta om själva hyllan var följande: Hyllan skruvades fast i väggen, och dess sidostycken var utförda i metall vars design förde tankarna till en stege. Mellan det som påminde om en steges pinnar, lades sedan brädor, som således utgjorde hyllorna.²⁸⁸ Hyllan var i övrigt helt monterbar och utbyggbar i såväl höjd- som sidled.²⁸⁹

²⁸⁴ Erland Conradi. Skapande dömande, s. 82.

²⁸⁵ NJA 1979 s. 212. Sid. 227 i domen.

²⁸⁶ NJA 1979 s. 212. Sid. 228 i domen.

²⁸⁷ Jmf Erland Conradi. Skapande dömande, s. 83.

²⁸⁸ Erland Conradi. Skapande dömande, s. 82f.

²⁸⁹ NJA 1962 s. 750. Sid. 750 i domen.

Frågan i målet var om stringhyllan – såsom alster av konsthantverk eller konstindustrin – ägde skydd enligt 1919 års lag om rätt till verk av avbildande konst.

HD resonerar först kring bruksföremål enligt följande:

”I fråga om bruksföremål, vid vars skapande eftersträvats att med de medel som användas för den tekniska konstruktionen även uppnå en formgivning med estetisk verkan, kan vid bedömningen, huruvida produkten utgör ett alster av konsthantverk eller konstindustrin, icke tagas i betraktande allenast vad produkten må innehålla av individuell konstnärlig gestaltning vid sidan av eller utöver de tekniska faktorerna.”²⁹⁰

HD fortsätter, och resonerar sedan kring produktens helhetsverkan, och kring det faktum att den kunnat patenteras:

”Bedömningen måste avse produktens helhetsverkan även i den mån den härrör eller beror på en teknisk faktor. Att den tekniska idén kunnat patenteras utesluter ej, att produkten kan erhålla skydd såsom brukskonst”, varefter HD finner styrkt att hyllan i estetiskt hänseende äger sådan originalitet i fromgivningen att den utgör alster av konstindustri.”²⁹¹

5.2.6 Finns gemensamma och objektiva kännetecken?

De rättsfall jag ovan redogjort för är av synnerligen skiftande juridisk karaktär. Medan ett fall handlar om samers rätt till landområde genom urminnes hävd, handlar ett annat om skadestånd när en fiskodlares regnbågsforeller förgiftats.

Fallen utspelar sig inte heller på samma platser. Medan ett fall utspelar sig i en sällsynt vacker älvdal i Stora Sjöfallets nationalpark, utspelar sig ett annat i en Glas- och Porslinsaffär.

²⁹⁰ NJA 1962 s. 750. Sid. 758 i domen.

²⁹¹ NJA 1962 s. 750. Sid. 758 i domen. Se även Seve Ljungmans kommentar. Seve Ljungman. Svensk rättspraxis Upphovsrätt och fotografirätt 1957-1976. SvJT 1977, s. 514f.

Vad är de då som förenar dem alla? Trots att de utspelar sig på olika geografiska platser och behandlar olika juridiska frågor, har de ändå ett speciellt gemensamt kännetecken. De är representanter för förändringar i vårt rättsystem, på så sätt att de märkbart har påverkat ett till synes statistiskt system.

Förändringarna har inte skett genom lag, utan genom att HD i ett (ibland flera) konkreta avgörande(n) fastställt en rättsgrundsats – vilken därmed upptagits i (blivit en del av) gällande rätt. Skälen härför har varit högst varierande – gemensamma och objektiva kännetecken är svåra att fastställa – med de har alla fått till följd att nya normer vunnit insteg i ett förutsebart och positivistiskt rättsystem.

6 Sammanfattning

En avgörande roll för vår uppfattning om vad ett prejudikat är, och för hela den svenska prejudikatläran, spelade 1971-års fullföljdsreform. Reformen innebar att HD fick en utpräglad roll som prejudikatbildare och krav som *rationalitet* och *likformighet* fastlogs som motiv för uppfattningen att rättstillämpningen skulle vara möjlig att förutse. HD:s primära uppgift blev därmed att ge underrätterna vägledning vid deras framtida rättstillämpning.

Ett prejudikat är ett avgörande i ett konkret fall. Kännetecknande för ett prejudikat är att man kan läsa ut någon form av rättsnorm ur det. Avgörandet har vidare en auktoritativ karaktär, varför det efterlevs av både medborgare och myndigheter i deras framtida handlande – det betraktas som bindande. Det finns emellertid ingen formell skyldighet för underrätter att följa HD:s prejudikat, trots att så oftast sker. Prejudikat betraktas som sakliga skäl, och som auktoritetsskäl, i den juridiska argumentationen.

Vad gäller en doms prejudikatvärde finns det delade uppfattningar om hur detta skall bedömas. Även om såväl olika subjektiva tolkningar som hänvisningar till avgörandets reella genomslagskraft har sina förtjänster som kriterier, finns det anledning att prioritera det prejudikatsystem som lagstiftaren eftersträvat med lag och motiv, eftersom detta system gynnar enhetligheten i rättstillämpningen, liksom dess förutsägbarhet.

Hur bör prejudikat tolkas, vilken räckvidd har prejudikaten, och vad har prejudikaten för värde? Förutom min inledande notering om att prejudikat inte tolkas på samma sätt som lag, är tre faktorer viktiga vid prejudikattolkningen: *domskälens sakliga tyngd*, *avgörandets ålder* och *från vilken domstol* i hierarkin avgörandet kommer. I svensk rätt görs vidare en avgörande distinktion mellan å ena sidan *ratio decidendi* och, å andra sidan, *obiter dicta*. Medan *obiter dicta* är överflödiga uttalanden i domskälen, är *ratio decidendi* nödvändiga uttalanden för fallets utgång. Att även

överflödiga domskäl kan få betydande effekter för ett prejudikats räckvidd och värde, framgår klart av texten – såväl i positiv som i negativ bemärkelse.

I kapitel 4.5 presenteras en modell²⁹² för tolkning av prejudikat. Modellen är inte enbart ett utmärkt hjälpmedel vid själva tolkningsarbetet, utan den är även mycket medvetandegörande - den konkretiserar de utgångspunkter som är nödvändiga vid tolkningen av prejudikat, samtidigt som den väl beskriver fenomenet. Detta gäller i synnerhet de kvaliteter som anges som representativa för den exemplariska rättssatsen – det goda prejudikatet.

Hur förhåller sig då prejudikaten till gällande rätt? Inledningsvis skriver jag att ett prejudikat är ett avgörande i ett konkret fall, som förutom utslaget i målet, innehåller viss vägledning för den framtida rättstillämpningen. Det är på detta sätt prejudikat blir en del av gällande rätt – i vägledningen för den framtida rättstillämpningen.

Vid inmatandet av två plus två i en dator kommer alltid svaret fyra ut. Så är det inte med prejudikatverksamheten. Samhället förändras varför även rättssystemet måste förändras. Att på ett enkelt sätt finna en matematisk formell för samhällets förändringar i förhållande till prejudikaten, är omöjligt. Rättssystemet måste hela tiden leva med i förändringarna och prejudikaten skapar, på ett harmoniskt sätt, balans mellan det statiska och det dynamiska i rättssystemet.

Det som är så fascinerande är att gällande rätt därmed ständigt förändrar sig – rätten står aldrig stilla. Den förändrar sig inte bara genom att nya lagar skapas eller tas bort, utan även genom att prejudikat efterhand kompletterar gällande rätt med nya rättsgrundsatser.

²⁹² Peter Westberg. Se vidare Prejudikattolkningens ABC, s. 585ff.

Kanske kan man se det regelsystem som gällande rätt anses utgöra som ett nybyggt hus. Huset har ett tak, det har väggar och det har fönster, men det är än så länge inte målat.

Med de rättsgrundsatser som prejudikaten bär med sig målas huset i de färger som passar just då. Om några år kanske färgen börjar flagna, varför huset måste målas om. Ibland krävs ommålningar, ibland kanske färgen bara behöver bättras på. På samma sätt förhåller sig prejudikat till gällande rätt. Prejudikaten målar om i komplexet gällande rätt när så behövs. Det är därmed bara möjligt att peka ut vad som är gällande rätt vid en viss tidpunkt. Det svenska rättssystemet är alltså både statiskt och förutsägbart, samtidigt som det är föränderligt och anpassningsbart.

Litteraturförteckning

Litteratur

- Adlercreutz, Axel. Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal (om "letters of intent", principöverenskommelser m.m.). SvJT 1987. Sidorna 493-514.
- Bengtsson, Bertil. Om ansvar för fel i domstolsverksamhet enligt skadeståndslagen. Ur Festskrift till Per Olof Ekelöf. Sidorna 82-112.
- Bengtsson, Bertil. Samernas rätt i ny belysning. SvJT 1990. Sidorna 139-142.
- Bergholtz, Gunnar. Diffamerande uttalanden i domskäl – Några reflexioner med anledning av den s.k. styckmordsrättegången. Process och exekution. Ur Vänbok till Robert Boman. Iustus förlag – juridiska Föreningen i Uppsala. Göteborg, 1990. Sidorna 19-34.
- Bergholtz, Gunnar. Ratio et Auctoritas. Ett komparativträttsligt bidrag till frågan om domsmotiveringens betydelse främst i tvistemål. Juridiska Föreningen i Lund Nr 88, Acta Societatis Juridicae Lundensis. Wallin & Dalholm Boktryckeri AB. Lund, 1987.
- Bråténius, Ingvar. Prövningstillstånd i högsta domstolen. Stockholms universitet. Minab/Gotab. Stockholm, 1984.
- Conradi, Erland. Skapande dömande. Ur Festskrift till Bertil Bengtsson. Nerenius & Santérus Förlag. Stockholm, 1993. Sidorna 73-87.

- Ekelöf, Per Olof. Aktuella spörsmål – Den juridiska vetenskapens ställning och de juridiska studiernas anordning i Sverige. SvJT 1945. Sidorna 787-791.
- Ekelöf, Per Olof. Anm. Av Bengt Lindell: Sakfrågor och rättsfrågor. SvJT 1988. Sidorna 23-39.
- Ekelöf, Per Olof och Boman, Robert. Rättsmedlen. Elfte upplagan. Iustus förlag. Juridiska föreningen. Uppsala, 1990.
- Fitger, Peter och Renfors, Cecilia. Processrätt II. RB kap. 35-59. Lagkommentar. Norstedts Juridik AB. Göteborg, 2001.
- Geer De, Louis. Om den juridiska stilen. SvJT 1953. Sidorna 1-18 (Första artikeln).
- Göransson, Ulf. Aktuella spörsmål. Sakrättsmomentets ändamål - HD visar färg i NJA 1987 s. 3. SvJT 1987. Sidorna 484-491.
- Hagströmer, J. Om förhållandet emellan lagstiftning och vetenskap på den svenska straffrättens område. Installationsföreläsning. TfR 1889. Sidorna 437-463.
- Hellner, Jan. Rättsteori. En introduktion. 2 upplagan. Norstedts juridik. Norstedts Juridik AB, 1994.
- Heuman, Lars. Rättspraxis. Finna rätt. Juristens källmaterial och arbetsmetoder. 6 uppl. Norstedts Juridik AB, 2000. Sidorna 117-145.
- Holmgren, Sven och Lundqvist, Dick. Letter of Intent. Värt mer än pappret? Studentlitteratur, Lund 1988.

- Ljungman, Seve. Svensk rättspraxis. Upphovsrätt och fotografirätt 1957-1976. SvJT 1977. Sidorna 514-528.
- Modéer, Kjell Å. Historiska rättskällor. En introduktion i rättshistoria. Andra Upplagan. Nerenius & Santérus Förlag AB. Stockholm, 1997.
- Palmgren, Bo. Om nyttan av tjänsteåtal mot domare. Tidskrift, utgiven av juridiska föreningen i Finland (JFFT) 1945. Sidorna 33-40.
- Peczenik, Aleksander med Aarnio, Aulis och Bergholtz, Gunnar. Juridisk argumentation – en lärobok i allmän rättslära. Norstedts Förlag Stockholm. Lund, 1990.
- Peczenik, Aleksander. Juridikens teori och metod. En introduktion till allmän rättslära. Norstedts Juridik, Fritzes förlag, Göteborg, 1995.
- Peczenik, Aleksander. Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation. Norstedts Juridik, Fritzes förlag, Göteborg, 1995.
- Reuterskiöld, C.A. Lagskipning och Lagstiftning. Några synpunkter till läran om rättens källor. TfR 1902. Sidorna 149-183.
- Reuterskiöld, C.A. Sveriges grundlagar med därtill hörande författningar och konstitutionell sedvanersätt samt vissa internationella öfverenskommelser m.m. Uppsala & Stockholm. Almqvist & Wiksell Boktryckeri –A. –B. 1924, Uppsala.
- Schmidt, Folke. Domaren som lagtolkare. Ur Festskrift tillägnad Nils Herlitz. Sidorna 263 -298.

- Sjögren, Wilhelm. Om domskäl i tvistemål. TfR 1918.
Sidorna 28-77.
- Sjögren, Wilhelm. Domaremakt och rättsutveckling. TfR 1916. Sidorna 325-373.
- Strömholm, Stig. En stillsam revolution – utvecklingstendenser i den svenska Högsta domstolens argumentationsteknik efter 1971 års fullföljdsreform. Lov og frihet. Ur Festskrift til Johs. Amdenaes på 70-årsdagen, 7. September 1982. Universitetsforlaget Oslo, 1982. Sidorna 653-665.
- Strömholm, Stig. En svensk prejudikatlära: behov och möjligheter. SvJT 1984. Sidorna 923-945.
- Sundberg, Jacob W. F. fr. Eddan t. Ekelöf. Repetitorium om rättskällorna i nordn. Institutionen för offentlig och internationell rätt. Studentlitteratur/ akademiska forlag. Nordens boktryckeri Malmö, 1978.
- Welamson, Lars. Några synpunkter på HD:s verksamhet efter 1971 års fullföljdsreform. Ur Svensk rätt i omvälvning. Studier tilläggande Hilding Eek, Seve Ljungman och Folke Schmidt. Sidorna 615-627.
- Welamson, Lars. Rättegång VI. Tredje, omarbetade upplagan. Norstedts juridik. Stockholm, 1994.
- Welamson, Lars. Svensk rättspraxis. Civil- och straffprocess 1973-1979. SvJT 1982. Sidorna 81-191.
- Westberg, Peter. Prejudikattolkningens ABC. Ur Festskrift till Anna Christensen – Normativa perspektiv. Juristförlaget i Lund.

Akademibokhandeln. Wallin & Dahlholm Boktryckeri AB. Lund, 2000. Sidorna 583-617.

Uppslagsverk

NE

Nationalencyklopedin

Juridikens termer -
Bergström, Sture.
Håstad, Torgny.
Lindblom, Per Henrik.
Rylander, Staffan.

Juridikens termer. Åttonde uppl.
Almqvist & Wiksell Förlag.
Gummesons Tryckeri AB
Falköping, 1993.

Offentligt tryck

Lagberedningen

Lagberedningens förslag

Lagberedningens förslag till
revision av giftermålsbalken
och vissa delar av ärvdabalken II.
Förslag till lag om adoption m. m.

Motioner

Motion N:o 89

Motioner i Andra Kammaren, N:o
89. Af herr E. D. V. Martin, om
skrifvelse till Kungl. Maj:t
angående lag om adoption.

SOU

SOU 1986:1

Översyn av Rättegångsbalken 2
Högsta domstolen och
rättsbildningen.

SOU 1999:25

Samerna – ett ursprungsfolk i
Sverige. Frågan om Sveriges
anslutning till ILO:s konvention nr
169.

Prop.

Prop. 1971:45

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

NJA II

NJA II 1876 nr 3

Lagstiftningsåtgärder till
befrämjande af enhet i
rättsskipningen.

SFS

SFS 1860 nr 49

Kongl. Maj:ts nådiga Stadga,
angående Det högsta Domstols
tjenstgöring på två afdelningar;
Gifwen Stockholms Slott den 23
oktober 1860.

JO

JO 1947, s. 113

Maximistrafvet för otukt enligt 18
kap. 8 § strafflagen höjdes år 1937
från två till sex år. Frågan nu
huruvida den skärpta straffsatsen
kan tilläggas verkan att förlänga
preskriptionstiden, ehuru den lägre
straffsatsen är tillämplig vid
straffbestämningen.
Justisteombudsmannens
ämbetsberättelse.

JO 1961 – 62, s. 145

D. Anteckningar rörande
iakttagelser vid inspektion m.m.
Åklagarväsendet.
Justisteombudsmannens
ämbetsberättelse.

JO 1973, s. 105

Vissa övriga ärenden. Avfattande
av dom. Justitieombudsmannens
ämbetsberättelse.

JO 1984/85, s. 410.

Olämpligt skrivsätt i en dom av en
länsrätt. Justisteombudsmannens
ämbetsberättelse

LU

LU 1947:1

Utlåtande i anledning av verkställd
granskning av
justitieombudsmannens
ämbetsförvaltning. Första
Lagutskottets utlåtanden och
memorial nr 1 – 58.

Adresser på nätet

Eriksson, Per.

Att skapa rätt – hovrättens
prejudikatbildning.

<http://web2.jur.lu.se/hovr/hovr.htm>.

Hämtat den 2 juli 2001.

Rättsfallsförteckning

NORSKA

Rt 1910 s. 476

Underordnade retters domme.

DANSKA

U 1981, 473 H

Skatter I – Aktieselskaber III -
Renter

U 1984, 848

Eksekution I

SVENSKA

AD

AD 1976 nr 101

Prorogation

HD

NJA 1877 s. 307

Öfver HofR:s dom förd klagan,
som icke åsyftade någon ändring i
domslutet, lemnas förty utan
afseende.

NJA 1941 s. 251

År 1937 blev det i 22 kap. 11 §
strafflagen för förskingring
stadgade högsta straffet förhöjt från
2 till 4 års straffarbete, i följd varav
preskriptionstiden för sådant brott
jämligt 5 kap. 14 § samma lag
förlängdes från 5 till 10 år. Fråga
nu – i ett år 1940 anhängiggjort mål
om ansvar för förskingring
begången redan år 1934 – huruvida
straff för brottet förfallit. Grunden
för 5 och 13 §§
promulgationsförordningen till
strafflagen.

NJA 1962 s. 750

Stringhyllan - Konsthantverk eller
konstindustri

NJA 1964 s. 97

Varuhus med flera olika
avdelningar

NJA 1965 s. 398

Självbetjäningsbutik – passerat
kassaspärren

NJA 1966 s. 18

Travhästen Fabel på bete

NJA 1978 s. 147	Projekteringsavtalet
NJA 1979 s. 242	Internationellt rättsförhållande och lagvalsfrågan vid prövning av negativ faderskapstalan.
NJA 1980 s. 197	Andrahandspantsättning av fordran.
NJA 1980 s. 179	Ansökan av arbetsgivareförening - som jämte bolaget intagit ställning av svarandepart vid arbetsdomstolen - om resning såvitt genom domen fastställts skyldighet för företag att enligt 11 § medbestämmandelagen primärförhandla vid beslut om chefstillsättningar i företaget har avvisats, eftersom arbetsdomstolens domslut inte gått arbetsgivarpart emot
NJA 1981 s. 1	Skattefjällsmålet
NJA 1981 s. 622	Fiskodlaren och kommunen
NJA 1984 s. 501	Motorfordonsförsäkringen
NJA 1986 s. 217	Factoring
NJA 1989 s. 389	Strikt produktskadeansvar
NJA 1990 s. 745	Licensrättigheter till vacuumpump