

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställning	5
1.3 Metod och material	6
1.4 Avgränsningar	7
1.5 Disposition	8
2 NÅGOT OM DOMAR SOM RÄTTSKÄLLA	9
2.1 Prejudikat	9
2.2 Prejudikatets ställning i Sverige	10
2.2.1 HD som prejudikatinstans	12
2.2.2 Prejudikat med olika tyngd	13
3 PREJUDIKATTOLKNINGENS GRUNDER	15
3.1 Prejudikattolkning	15
3.2 Prejudikattolkningsterminologi	15
3.3 Tillåten prejudikattolkningsdata	16
3.3.1 Objektiv eller subjektiv tolkning	16
3.3.2 Hjälpfakta	17
3.3.3 Hjälpvvetenskap	18
3.4 Prejudikattolkningens två ingångar	18
3.4.1 Prejudikattolkning utifrån en bakomliggande rättsregel	19
3.4.1.1 Identifiera rättsregeln	19
3.4.1.2 Generalisera prejudikatregeln	20
3.4.1.3 Tolkning utifrån ett eller flera avgöranden	22
3.4.2 Prejudikattolkning utifrån om avgörandena är likartade	22
3.4.2.1 Ratio decidendi och obiter dicta	23
3.4.2.2 Olika behandlas olika – distinguishing the case	24
3.4.3 Analogitolkning	24

3.5	Motsatsslut	25
4	HD:S DOMSKÄL	27
4.1	HD:s domskrivning förr och nu	28
4.2	Domskäl med obiter dicta	29
4.3	Principiella eller kasuistiska domskäl	30
5	PREJUDIKATTOLKNING OCH PREJUDIKATFAKTORER	33
5.1	Knapphändiga domskäl	33
5.1.1	Prejudikatverkan och tolkning av ej uttalade omständigheter	35
5.1.2	Knapphändiga hänvisningar	36
5.1.3	Konstruktiv tolkning av knapphändiga domskäl	37
5.2	Överflödiga domskäl	38
5.2.1	Överflödiga principiella diskussioner – tolkning av obiter dicta	38
5.2.2	Överflödiga ratio decidendi	39
5.2.3	Särskilda yttranden	40
5.3	Kasuistiska domskäl	41
5.3.1	Tolkning av ett enskilt kasuistiskt prejudikat	42
5.3.2	Kasuistiska formuleringar och lagtext som utgår från en bedömning från fall till fall	43
5.4	Felaktiga prejudikat	44
5.4.1	Motstridiga prejudikat	47
5.4.2	Dåligt underbyggda prejudikat	48
5.5	Kritiserade prejudikat	50
5.5.1	Kritik från HD	50
5.5.2	Kritik från skiljaktiga meningar	51
5.5.3	Kritik från doktrinen	52
5.5.4	Kritik från hjälpvetenskapen	53
5.6	Gamla prejudikat	54
5.6.1	Ny lagstiftning	54
5.6.2	Senare avgöranden	55
5.6.3	Förrändrade förhållanden i samhället, näringslivet eller rättsutvecklingen	55
5.6.4	Prejudikattolkning av äldre domar	56
5.7	Gradvis prejudikatbildning	57
6	ANALYS	59
6.1	Hur påverkas prejudikattolkningen av prejudikatfaktorer	59
6.1.1	Handlingsdirektiv för prejudikattolkningen	59
6.1.2	Prejudikatfaktorerna och prejudikatbundeheten	63
6.2	Det goda prejudikatet, ett försök till prejudikatlära	66

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	72
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	77

Summary

The modern view of precedent management in Sweden doesn't rely on any comprehensive precedent doctrine or precedent interpretation doctrine. Instead the differences between precedents are respected, and the precedent management is allowed to vary depending on the circumstances related to the precedent at hand.

The Swedish legal science has made some progress in adapting the precedent interpretation doctrine to the modern view of precedent management. About thirty rules of thumb that complement the basic principles for precedent interpretation can be identified. Although the quality and importance of these rules of thumb vary, they illustrate that the emphasis of precedent interpretation research has shifted from theoretical attempts to justify the system towards the more practical oriented work of formulating management rules. Although the result thus might be regarded as modest, it may serve as a hint that more progress is yet to come.

The modern principles of precedent interpretation also support the argument that precedent ruling still isn't absolute in Sweden. Although there is no formal support for the idea of absolute precedent ruling in Sweden, the precedent ruling has in reality become much stronger during the past half century. The modern principles of precedent interpretation allow difference from precedents, which suggests that precedent ruling still isn't, either in fact or in principle, absolute.

How precedent interpretation needs to be adjusted based on the conditions surrounding the individual precedent can also be used to gain information concerning the design of a good precedent. Without providing sufficient basis for formulating a precedent doctrine, it provides some information on both good precedent formulation, and good precedent handling. Instead of distinguishing the case on the basis of superficial differences, the Supreme Court's precedent handling should focus on openness and transparency, through clear disruptions with precedents the Court no longer feels should be regarded as such.

Regarding the design of the precedent it's a balancing act between different interests, which is partly influenced by how the Supreme Court's precedent handling develops. In addition to that it's a balancing act may be added that increased institutionalization of certain elements would be useful, and knowingly obscuring expressions should be abandoned in favour of openness or that vague and ambiguous cases to a larger extent isn't given the status of precedents.

Sammanfattning

Den moderna synen på prejudikathantering utgår inte ifrån att formulera någon allomfattande prejudikatlära eller prejudikattolkningslära. Istället respekteras prejudikatens olikheter och behandlingen av dem tillåts variera och anpassas efter förutsättningarna i det enskilda fallet.

Den svenska rättsvetenskapen har kommit en bit på vägen med att anpassa prejudikattolkningsläran utifrån den moderna synen på prejudikathanteringen. Ett trettiotal handlingsdirigerande tumregler, av varierande betydelse och kvalitet, som kompletterar de grundläggande prejudikattolkningsprinciperna kan identifieras. Reglerna illustrerar även att forskningen kring prejudikat-användningen har ändrat fokus från att försöka rättfärdiga systemet till frågor relaterade till praktisk prejudikathantering.

Även om det inte råder någon formell prejudikatbundenhet i Sverige har bundenheten i realiteten blivit avsevärt starkare det senaste halvsekle. De moderna prejudikattolkningsprinciperna tillåter dock fortfarande avsteg från prejudikatbundenheten, vilket stödjer att bundenheten fortfarande inte, varken de facto eller principiellt, är absolut.

Hur prejudikattolkningen behöver anpassas utifrån förutsättningarna som omgärdar prejudikaten kan även användas för att säga något om hur ett lätt-använt och lättolkat prejudikat borde vara utformat. Utan att ge tillräcklig grund för att formulera en entydig prejudikatlära, presenterar det en del lärdomar avseende såväl god prejudikatformulering, som god prejudikathantering. Istället för att sprida osäkerhet i prejudikatfloran genom distinguishing the case utifrån ytliga olikheter, borde hanteringen vara inriktad på öppenhet och tydlighet, genom klara uppgörelser med tidigare praxis.

Angående prejudikatets utformning är det en balansgång mellan olika intressen som delvis påverkas av hur prejudikathantering utvecklas: vad Högsta domstolen (HD) lägger vikt vid i sin prejudikatanvändning påverkar faror och förtjänster med olika utformningar. Utöver att det är en balansgång kan tilläggas att ökad institutionalisering av vissa moment vore nyttigt, och att medvetet fördunklande formuleringar eller tillvägagångssätt borde upphöra till förmån för öppenhet. Ett annat alternativ är att oklara avgöranden i högre utsträckning placeras bland notisfallen.

Förord

Tack professor Peter Westberg för all hjälp med att färdigställa den här examensuppsatsen.

Tack min familj för stöd. Under utbildningen och alltid.

Tack Anna.

Tack du som läser. Det här är, givetvis, det bästa jag gjort.

Tack. Och förlåt.

Tobias Normann

Lund våren 2011

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:700)
FB	Föräldrabalk (1949:381)
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
JO	Justitieombudsmannen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Prejudikatets betydelse som rättskälla i Sverige har sedan början av förra århundradet ständigt ökat. Genom att lagen allt oftare utformas för att endast utgöra ramverk, vars närmare innehåll ska fyllas och preciseras i praxis, har även större inflytande givits till prejudikatinstanserna på bekostnad av lagstiftaren. Samtidigt saknas fortfarande en etablerad prejudikatlära, avsedd att fungera på prejudikatfloran i sin helhet. Prejudikaten har alltså givits en större roll utan att det formulerats några regler för hur rättsordningen ska förhålla sig till dem.¹

Även om rättsvetenskapen har uttryckt oro över avsaknaden av reglering har doktrinen samtidigt i ökad utsträckning gett upp tanken på att formulera en allomfattande prejudikatlära, eller prejudikattolkninglära. Istället har betonats att eftersom prejudikat varierar till art och utformning: de kan vara korta, gamla, långa, irrationella, kritiserade, kasuistiska etc. måste hanteringen kunna anpassas utifrån prejudikatet användaren har för handen. En rättsäker prejudikatlära är ur det perspektivet inte beroende av att alla prejudikat behandlas lika, utan av att samma *typ* av prejudikat gör det.²

Uppsatsens idé är att granska och möjligtvis bygga vidare på denna moderna syn på prejudikatet och prejudikattolkningen. Uppsatsen är inriktad på att dels utreda förhållandet mellan prejudikattypen och prejudikattolkningen dels vad prejudikatläran kan lära av det.

1.2 Syfte och frågeställning

Uppsatsen har två syften. Det första syftet är att utreda hur långt doktrinen har kommit i arbetet med att anpassa teorier om prejudikattolkning utifrån förekommande *prejudikatfaktorer*. Uppsatsens övergripande frågeställning är: *Hur påverkas prejudikattolkningen av olika prejudikatfaktorer?*

Begreppet prejudikatfaktor saknar allmän juridisk hävd och är skapat inom ramen för arbetet med uppsatsen. Prejudikatfaktor är tänkt att fungera som ett samlingsnamn för olika faktorer som påverkar utformningen av ett prejudikat eller dess kvalitet. Uppsatsen kommer att undersöka hur sju olika

¹ SOU 1986:1 Översyn av Rättegångsbalken 2: Högsta domstolen och rättsbildningen, s. 48-49.

² Bernitz, Ulf m.fl.: *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Stockholm, 2010, s. 141; Heuman, Lars: "Prejudikattolkning av kortfattade domar och betalning som eftergift". I: *Juridisk Tidskrift* 2006-07 s. 592-617, s. 592-593; Westberg, Peter: "Prejudikattolkningens ABC". I: *Normativa perspektiv: Festskrift till Anna Christensen*, Lund, 2000, s. 593; Strömholm, Stig: "En svensk prejudikatlära: behov och möjligheter". I: *Svensk Jurist-tidning* 1984 s. 923-945, s. 929.

prejudikatfaktorer påverkar prejudikattolkningen. Urvalet utgörs av de omständigheter vilka omger ett prejudikat som doktrinen främst intresserat sig för. Prejudikatfaktorerna som ska granskas är följande:

- Knapphändiga domskäl
- Utförliga domskäl
- Kasuistiska domskäl
- Felaktiga prejudikat
- Kritiserade prejudikat
- Gamla prejudikat
- Gradvis prejudikatbildning

För att besvara huvudfrågan krävs att ytterligare några frågor utreds och besvaras:

Vilken är prejudikatets ställning som rättskälla i Sverige?

Såväl betydelsen av att tolka prejudikat, som utrymmet för att göra det är beroende av vilken ställning prejudikat har som rättskälla.³

Vilka grundläggande principer för prejudikattolkning råder i Sverige?

För att kunna kommentera på hur prejudikattolkningen påverkas av olika prejudikatfaktorer behövs referenspunkter ifråga om etablerade principer för prejudikattolkning. Att identifiera dessa grundläggande principer och vad de innebär blir därför nödvändigt.

Uppsatsens andra syfte är att försöka formulera en prejudikatlära⁴ med inriktning på utformningen av det *goda prejudikatet*. Frågan som uppsatsen arbetar utifrån är: *Är det möjligt med utgångspunkt i de olika prejudikatfaktorerna och hur de påverkar prejudikattolkningen att formulera hur ett gott prejudikat ska se ut?*

1.3 Metod och material

Uppsatsen har två olika delar, en deskriptiv utredande del och en analytisk del. De utredande avsnitten, kapitel 2-5, återger rättsläget kring prejudikatlära och prejudikattolkning i Sverige. Denna del följer traditionell juridisk metod i bemärkelsen att de svenska rättskällorna studerats i enlighet med deras etablerade hierarkiska ordning. Utöver svenskt material har även viss nordisk litteratur använts, huvudsakligen från Norge. Det utländska material relaterar dock till grundläggande prejudikattolkningsprinciper, vilka torde ha samma relevans och tillämpning i hela Norden. Antagandet stöds av att det

³ Bolding, Per Olof: *Juridik och samhällsdebatt*, Stockholm, 1968. s. 44; Hjerner, Lars A E: *Om rättsfallstolkning*, Stockholm, 1982, s. 5.

⁴ Med prejudikatlära förstås inte uteslutande utformningen av domar: frågan om tolkning, prejudikats bindande verkan, dissenser etc. omfattas även, jfr: Heuman 2007 a.a. s. 592. Uppsatsen kommer endast att självständigt behandla prejudikattolkning och -utformning. Övriga delar av begreppet prejudikatlära behandlas i den mån de aktualiseras och har betydelse för uppsatsens syfte och frågeställning.

aktuella utländska materialet används i doktrinen vilken behandlar svensk prejudikattolkning.⁵

Angående materialvalet kan sägas att det av nödvändighet till stor del består av åsikter ur rättsvetenskapen. Det beror på att doktrinen är den rättskälla som ägnat störst möda åt frågor kring prejudikatlära och prejudikattolkning. Kärnan av uppsatsens deskriptiva material utgörs sålunda av uttalanden ur doktrinen som exemplifieras med avgöranden från HD.

Försöket att formulera en prejudikatlära i uppsatsens analytiska del utgår från en metod som behöver kommenteras separat. Metoden utgår från ett antagande om hur det är möjligt att vinna kunskap om det goda prejudikatet. Antagandet är att genom att lägga samman anledningarna bakom prejudikatfaktorerna, samt hur de inverkar på prejudikattolkningen, med hur ett lättanvänt⁶ prejudikat borde vara utformat, ges *information* om utformningen av det goda prejudikatet. Den informationen utgör sedan prejudikatläran. Metoden gör inte anspråk på att vara det enda eller det bästa sättet att försöka formulera en prejudikatlära. Den är dock ett försök, som om inte annat fyller funktionen att den kan uteslutas.

1.4 Avgränsningar

Uppsatsens begränsade omfång, tid och inriktning har föranlett vissa avgränsningar. En av dessa är att olika teorier avseende traditionell prejudikattolkning, inte givits fullt utrymme. Av intresse för uppsatsen är endast hur grundläggande prejudikattolkningsprinciper påverkas av prejudikatfaktorerna. Djupare än att identifiera väletablerade principer går inte beskrivningen av allmänna metoder för prejudikattolkning.⁷

Uppsatsen saknar vidare ett komparativt perspektiv eller en vidare presentation av utländsk rätt. Den största behandlingen av rättsfallstolkning har gjorts inom common law länderna, och då särskilt i den engelska doktrinen. Begrepp och teorier därur redogörs i den mån de har en etablerad ställning i den svenska rättsvetenskapen. Någon separat presentation av den utländska doktrinen görs dock inte eftersom det inte är av omedelbar betydelse för utredningen i uppsatsen. Delar av doktrinen anser även att den engelska teoribildningen, även om den är omfattande, saknar omedelbar relevans för den svenska prejudikattolkningsläran.⁸

Många författare har mycket framgångsrikt behandlat frågan om prejudikattolkning utan att närmare diskutera prejudikatbundenheten eller prejudika-

⁵ Jfr exv. Strömholm, Stig: *Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära*, Stockholm, 1996.

⁶ Med lättanvänt förstås i sammanhanget lättolkat och användbart.

⁷ Se exv: Westberg 2000 a.a., Lehrberg, Bert: *Praktisk juridisk metod*, Uppsala, 2010; Hjerneer a.a.; Fleischer, Carl August: *Anvendelse og fortolkning av dommer*, Oslo, 1981.

⁸ SOU 1986:1 a.a. s. 48; Fleischer 1981 a.a. s. 164; Strömholm, Stig: "Behövs en prejudikatlära? Vittnesbörd från Common. Law". I: *Festskrift till Jan Hellner*, Stockholm, 1984, s. 654; Strömholm En svensk prejudikatlära a.a. s. 942-943.

tets ställning som rättskälla. Uppsatsen är dock inriktad på att utreda samspillet mellan prejudikatets utformning och prejudikattolkningen, varför vissa klarlägganden behöver göras avseende prejudikatets ställning. Det är dock inte en fullständig redogörelse, utan framställningen är begränsad till vad som är nödvändigt för uppsatsens syfte.⁹

Begreppet prejudikatlära är vidare och innehåller fler aspekter än vad som behandlas i uppsatsen. Utredningen och analysen är endast inriktade på det som berörs av prejudikattolkningen och utformningen av det goda prejudikatet. Andra aspekter av prejudikatläran kommer endast att behandlas i den mån de berörs av frågeställningen.¹⁰

Uppsatsen granskar bara HD och dess prejudikatbildning. Anledningen till det är dels att HD är den högsta instans som doktrinen studerat i störst omfattning, dels att HD i stor utsträckning agerar stilbildande för övriga högsta instanser och domstolar. Att HD inte sällan agerar förebild gör att slutsatser och material sannolikt äger viss tillämpning även på avgöranden från andra domstolar. Huruvida så är fallet har dock inte utretts inom ramen för arbetet.¹¹

1.5 Disposition

Uppsatsen är efter inledningen indelad i ytterligare fem kapitel. Kapitel 2 (2 Något om domar som rättskälla) är en kort bakgrund till prejudikatets och HD:s ställning i Sverige. I kapitel 3 (3 Prejudikattolkningens grunder) behandlas prejudikattolkningens grunder ifråga om relevant terminologi, grundläggande principer och tillvägagångssätt vid prejudikattolkningen. Kapitel 2 och 3 utgör grogrunden som problematiseras senare i uppsatsens huvuddel kapitel 5.

Ett eget kapitel har vigts åt HD:s domskäl, kapitel 4 (4 HD:s domskäl), eftersom de har en central roll i prejudikattolkningen. Kapitlet fokuserar på hur domskälen är utformade idag och hur de förändrats genom historien. Kapitel 5 (5 Prejudikattolkning och prejudikatfaktorer) utgör uppsatsens huvuddel och innehåller själva utredningen av hur prejudikatfaktorer påverkar prejudikattolkningen. De olika prejudikatfaktorerna behandlas separat, utifrån åsikter från rättsvetenskapen och exempel ur praxis.

Uppsatsens avslutande del är en analys (6 Analys). I analysen besvaras uppsatsens frågeställning samt hur en svensk prejudikatlära borde se ut med inriktning på utformningen av det goda prejudikatet.

⁹ Hjerner a.a. s. 5.

¹⁰ Se vidare: Heuman 2007 a.a. s. 592. Utförligare: Peczenik, Aleksander: ”Juridikens allmänna läror”. I: *Svensk Juristtidning* 2005 s. 249-273; Peczenik, Aleksander: *Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära*, Stockholm, 1995.

¹¹ Strömholm 1996 a.a. s. 376.

2 Något om domar som rättskälla

2.1 Prejudikat

När rättsfall används som rättskälla är det främst i egenskap av *prejudikat*. Det saknas i Sverige en lagstadgad eller entydig definition av vad ett prejudikat är. Doktrинens formuleringar varierar något avseende vilken betydelse ett avgörande ska ha för efterföljande fall för att vara ett prejudikat. En sammanfattande definition utifrån rättsvetenskapens olika åsikter skulle kunna beskriva ett prejudikat som: *ett avgörande av ett konkret fall som blir ett mönster eller påverkar eller agerar förebild eller binder, framtida avgöranden*.¹²

Med prejudikat är det typiskt sett avgöranden från HD, eller annan högsta instans, som åsyftas. Hovrättsavgöranden kan av olika anledningar få betydande genomslagskraft och agera rättsbildande, men de betraktas inte principiellt som prejudikat. Vad som skiljer hovrätternas (HovR) avgöranden från de sista instansernas är de senares *auktoritative ställning*. Att ett rättsfall är möjligt att använda i framtida avgöranden är inte nog för att det ska åtnjuta full prejudikatstämpel, det måste även vara tillräckligt auktoritativt för att allmänheten ska kunna förlita sig på att det kommer följas framöver.¹³

Inte heller alla HD:s avgörande tillmäts prejudikatställning, utan det är huvudsakligen de som publicerats i *Nytt juridiskt arkiv* (NJA) och fått status som *referatfall*. Övriga domar från HD, *notisfallen*, har av de dömande justitieråden inte bedömts vara principiellt intressanta eller lämpliga såsom vägledande avgöranden och anses därför inte heller ha prejudikatvärde i samma utsträckning.¹⁴

Betydelsen och användningen av prejudikat har vuxit allteftersom det har blivit svårare för den långsamma lagstiftningsprocessen att hålla takten med förändringarna i samhället. Lagstiftningen har i ökad utsträckning utformats

¹² SOU 1986:1 a.a. s. 47; Peczenik, Aleksander: *Juridikens metodproblem: rättskällelära och lagtolkning*, Stockholm, 1980, s. 121; Fleischer 1981 a.a. s. 149; Bernitz m.fl. a.a. s. 129; Strömholm En svensk prejudikatlära a.a. s. 923; Hellner, Jan: *Rättsteori: en introduktion*, Stockholm, 1994, s. 93; Peczenik 1995 a.a. s. 37; Peczenik, Aleksander: *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Stockholm, 1995, s. 232.

¹³ Bernitz m.fl. a.a. s. 130; Lehrberg a.a. s. 145, 147; Prop. 2004/05:131 En modernare rättegång - reformering av processen i allmän domstol, s. 173; Hellner 1994 a.a. s. 96-97; Thews, Björn: "Det allmänna rättsmedvetandets inflytande vid rättstillämpning - en empirisk studie". I: *Juridisk Tidskrift* 2007-08 s. 535-551, s. 540; Eriksson, Per: *Att skapa rätt - hovrättens prejudikatbildning*, Hämtat från: <http://www.exton.net/UPLOADS/jur-info/Att-skapa-ratt-hovrattens-prejudikatbildning.html> den 2 februari 2011, s. 1; SOU 1986:1 a.a. s. 50.

¹⁴ Lehrberg a.a. s. 154-155; Bernitz m.fl. a.a. s. 130; SOU 1986:1 a.a. s. 51.

med vaga och generella formuleringar som ska preciseras av avgöranden från prejudikatinstanserna.¹⁵

2.2 Prejudikatets ställning i Sverige

Av större betydelse än oenigheten kring hur man ska definiera prejudikat är oenigheten avseende vilken ställning prejudikat har som rättskälla. Är prejudikat *bindande* eller finns det möjlighet för underinstanserna att välja en annan lösning än HD? Det saknas lagstiftning i frågan, och doktrinen har olika uppfattningar.¹⁶

Vid bedömningen av huruvida prejudikat ska anses bindande eller inte blir *prejudikatets dubbla roll* problematisk. Prejudikatet ska både stödja förutsebarhet och stabilitet i rättsväsendet och samtidigt se efter juridikens behov av konstant förändring. Rollernas motsättningar gör dem svårförenliga. Peter Westberg har beskrivit det som att prejudikat antingen kan ses som en pusselbit i ett statiskt system eller en orienteringskarta i en föränderlig rättsordning. Båda synsätten finns representerade i såväl lagstiftningen som doktrinen och Westberg gör inte anspråk på att framhålla någon som riktigare. Är prejudikaten tänkt att vara ifyllande pusselbitar i ett redan satt system bör prejudikatbundenheten vara stark. Är de tvärtom tänkt att fungera som vägledande orienteringskartor att ta ut riktningen efter, bör inställningen till prejudikat vara friare.¹⁷

Lösningen i praktiken ligger som sagt någonstans mittemellan pusselbit och orienteringskarta. Även om det inte finns någon lagstiftning som gör att prejudikat är formellt bindande i Sverige är prejudikatbundenheten i realiteten stark och den har även ökat med tiden. Underinstanserna följer avgöranden från högsta instans i regel utan att ifrågasätta dem och även HD anser sig i regel vara bunden av sina egna prejudikat.¹⁸

Reglerna om *plenum*, i 3 kap. 6 § rättegångsbalken (1942:740) (RB), spelar en betydelsefull roll ifråga om synen på prejudikatet som bindande i Sverige. Reglerna innebär bl.a. att om HD vid överläggning vill avvika från en rättsgrundsats eller lagtolkning som HD tidigare antagit får målet hänskjutas till avgörande av domstolen i sin helhet.¹⁹ Värt att anmärka är att lagrummet

¹⁵ Westberg 2000 a.a. s. 594-595.

¹⁶ Gregow, Torkel: "Några synpunkter på frågan om prejudikats bindande verkan". I: *Festskrift till Gösta Walin*, Stockholm, 2002, s. 113-114.

¹⁷ Westberg 2000 a.a. s. 588-595.

¹⁸ Gregow 2002 a.a. s. 114-118, 122; Strömholm En svensk prejudikatlära a.a. s. 935; Heuman, Lars: "Högsta domstolens prejudikatnedbrytande verksamhet". I: *Festskrift till Per Olof Bolding*, Stockholm, 1992, s. 208-209, 226; Peczenik Vad är rätt? a.a. s. 240; Hellner 1994 a.a. s. 95; SOU 1986:1 a.a. s. 51; Heuman, Lars: "Tolkning av prejudikat som bygger på felaktig rättstillämpning". I: *Festskrift till Rune Lavin*, Lund, 2006, s. 94; Bernitz, Ulf: "Bättre rättskällor – Reflexioner över lagboken, rättsfallssamlingarna, betänkandena och departementspromemorierna". I: *Svensk Juristtidning* 1976 s. 81-109, s. 89.

¹⁹ Zeteo, Norstedts Juridik, lagkommentar till rättegångsbalk (1942:740) 3 kap. 6 §, hämtat den 24 februari 2011 från: <http://zeteo.nu.se.ludwig.lub.lu.se/ppa/template.htm?view=main>

inte medför någon *skyldighet* för HD varken att följa tidigare avgöranden eller att hänskjuta mål till plenum.²⁰

Att HD avgör mål i plenum är mycket ovanligt. Samtidigt sker det i princip aldrig att HD i icke pleniavgörande uttalar att man frångår en tidigare antagen rättsprincip. Ingetdera ska dock ses som att HD:s praxis aldrig förändras eller överges, HD har andra metoder för att komma runt tidigare avgöranden (se vidare nedan 3.4).²¹

Det svenska systemet är sålunda utformat utifrån att avgöranden från HD ska följas och vara vägledande för HD själv och för underinstanserna även om det inte finns någon lagstiftad prejudikatlära.²² Ett rättssystem som utgår ifrån prejudikatbundenhet vinner en rad fördelar. Det är *processekonomiskt* fördelaktigt eftersom domstolar och enskilda inte behöver processa om samma sak flera gånger utan rättsläget kan betraktas som klarlagt efter att HD uttalat sig. Ur *förutsebarhetssynpunkt* möjliggör prejudikatbundenhet att enskilda kan inrätta sig efter HD:s avgöranden utan rädsla för att någon underinstans ska döma annorlunda. Prejudikatbundenheten gynnar även *lika-behandling* då likformigheten i dömandet ökar och inte blir beroende av vilken domstol eller instans som prövar saken.²³

Principiella argument mot prejudikatbundenhet har närmast teoretisk grund. Det ger domaren tillgång till den rättsbildande makten, vilket enligt traditionell maktodelningslära inte är lämpligt.²⁴

Även om prejudikatbundenheten i realiteten sålunda är mycket stark, varierar åsikterna i doktrinen avseende vad som principiellt råder i Sverige mellan absolut prejudikatbundenhet, de facto bundenhet och prejudikatet som endast vägledande.²⁵ Den dominerande åsikten i doktrinen tycks vara att det *inte* föreligger någon *absolut bundenhet*. Nedan följer fyra av de vanligaste argumenten bakom den åsikten:

- 1) Det saknas lagstiftning som gör prejudikat formellt bindande, och även om det i senare lagreformer har förutsatts att klara och entydiga prejudikat ska följas, har lagstiftaren samtidigt utgått ifrån att prejudikat inte ska vara bindande.²⁶

²⁰ Zeteo a.a. RB 3 kap. 6 §.

²¹ Ekelöf, Per-Olof; Welamson, Lars: *Rättegång VI*, Stockholm, 1994, s. 187.

²² Peczenik Vad är rätt? a.a. s. 249.

²³ Peczenik 1980 a.a. s. 121; Peczenik Vad är rätt? a.a. s. 238-239; Lehrberg a.a. s. 146; Gregow 2002 a.a. s. 107; Eckhoff, Torstein, Helgesen, Jan E: *Rettskildelære*, Oslo, 2001, s. 182-184; Strömholm 1996 a.a. s. 389; SOU 1986:1 a.a. s. 49; Fleischer 1981 a.a. s. 149-150, 154; Bernitz m.fl. a.a. s. 131; Thornstedt, Hans: *Om rättsvillfarelse: en straffrättslig undersökning*, Stockholm, 1956, s. 16-18.

²⁴ Victor, Dag: "Högsta domstolen och prejudikaten – särskilt på straffrättens område". I: *Festskrift till Nils Jareborg*, Uppsala, 2002, s. 724; Fleischer, Carl August: *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo, 1998, s. 186; Strömholm 1996 a.a. s. 389.

²⁵ Westberg 2000 a.a. s. 613-614; Bernitz 1976 a.a. s. 89-90.

²⁶ Gregow 2002 a.a. s. 106, 122; Victor a.a. s. 719.

- 2) I praxis, NJA 1994 s. 194, har fastslagits att även om ansvar kan följa mot en domare som avviker från ett prejudikat är prejudikattrots per se inte skadeståndsgrundande. HD angav uttryckligen i fallet att prejudikat i Sverige inte är bindande.²⁷
- 3) En annan vanlig grund att hänvisa till är ett utlåtande från lagutskottet från 1947, som antogs av riksdagen, vari bl.a. angavs att:

”endast tyngden av de skäl som av HD åberopades till motivering för domsluten borde vara avgörande för HD:s inflytande på rättstillämpningen i de lägre instanserna”.²⁸

- 4) Det kanske starkaste argumentet mot absolut prejudikatbundenhet i doktrinen är att det har ansetts ha en *skadlig effekt på rättsbildningen* om alla prejudikat skulle följas oavsett kvalitet. Ett rättssystem bör i största möjliga mån sträva efter att vara koherent och rättsreglerna avspegla samma grundläggande principer. Att följa dåliga prejudikat försvårar denna harmonisering av rättskällorna. Om prejudikat gavs full genomslagskraft oavsett kvalitet, eller vilka principer de gav uttryck för, skulle rättsordningen och dömandet snart bli motsägelsefullt.²⁹

Lars Heuman, som är av en annan åsikt och förfäktar en stark prejudikatbundenhet, har framfört åsikten att ett avgörande från HD bör följas om rättsatsen har kommit till klart uttryck oavsett om prejudikatet är bra eller dåligt. F.d. justitierådet Johan Lind har varit inne på samma linje och uttryckt att det inte tjänar någonting till för rättsvetenskapen att kritisera HD-avgöranden såsom felaktiga.³⁰

Den principiella frågan om prejudikatbundenheten kan tyckas vara av liten praktisk betydelse eftersom HD:s avgöranden i regel ändå följs. De författare som menar att det inte föreligger någon absolut bundenhet får dock en möjlighet att förespråka att det under särskilda förutsättningar finns *utrymme att avvika från HD:s avgöranden* (se vidare nedan 5.1-5.7). Denna möjlighet är inte minst intressant ur tolkningssynpunkt.³¹

2.2.1 HD som prejudikatinstans

Som nämnts i föregående avsnitt utgår den svenska rättsordningen ifrån att HD:s huvudsakliga uppgift är att agera prejudikatinstans genom att pröva och avgöra mål som är av betydelse för rättstillämpningen. Denna roll tar sig uttryck på många olika sätt: dels i hur HD författar sina domskäl (se vi-

²⁷ Gregow 2002 a.a. s. 110-111, 122; Bernitz m.fl. a.a. s. 131; Hellner 1994 a.a. s. 93-94; Westberg 2000 a.a. s. 614.

²⁸ SOU 1986:1 a.a. s. 47-48.

²⁹ Peczenik Vad är rätt? a.a. s. 238; Peczenik 2005 a.a. s. 255.

³⁰ Heuman 1992 a.a. s. 226; Lind, Johan: ”Rättsfallsanalyser – Recension eller analys? I: *Juridisk Tidskrift* 1995-96 s. 232-240, s. 240.

³¹ Strömholm En svensk prejudikatlära a.a. s. 935; jfr exv: Heuman, Lars: ”Hjälpvetenskapernas betydelse för rättstillämpningen och rättsvetenskapen”. I: *Juridisk Tidskrift* 2005-06 s. 768-789, s. 775-776; Heuman 2007 a.a. s. 617; Heuman 2006 a.a. s. 106-107.

dare nedan 4.1-4.3), dels förfarandereglererna vid HD, dels vilka mål som tas upp till prövning av HD.³²

HD:s utveckling mot prejudikatinstans har gått stegvis. Viktiga steg togs 1971, då reglerna för prövningstillstånd reformerades, men har också tagits både förr och senare. HD:s förändrade roll som prejudikatinstans är nära sammankopplad med hur synen på prejudikat som rättskälla förändrats. Från en prejudikatfientlig inställning i början av 1900-talet till domstolsreformererna på 70- och 80-talet då lagstiftaren underströk behovet av prejudikatbildningen som ett komplement till lagstiftningen och som en nödvändighet för att nå ökad enhetlighet och konsekvens i rättstillämpningen.³³

Idag är HD som sagt främst en prejudikatinstans. HD:s avgöranden erkänns stor *auktoritativ betydelse*: prejudikaten följs av övriga domstolar och av HD själv i stor utsträckning obeaktat vilken motivering domstolen lämnat. Lagutskottets utlåtande från 1947 äger i den bemärkelsen inte tillämpning längre.³⁴

2.2.2 Prejudikat med olika tyngd

Det talas ibland om avgöranden från HD med olika *tyngd*, eller av olika *prejudikatvärde*. Begreppen har hävd i svensk juridisk terminologi och innebär att beroende av olika faktorer kan ett avgörande från HD vara av varierande betydelse.³⁵

Heuman menar att eftersom Sverige i realiteten närmar sig absolut prejudikatbundenhet är det missvisande att tala om prejudikat av olika tyngd. Prejudikat är enligt Heuman bindande oavsett bakgrund och möjligheterna att frångå majoritetens åsikt i typiskt utformad modern praxis är mycket begränsade och kan, utanför plenuminstitutet göras endast inom ramen för rättsfallstolkning.³⁶

I flera prejudikatteorier är dock begreppen tyngd och prejudikatvärde centrala för att fastställa ett prejudikats innebörd och genomslagskraft. I Bert Lehrbergs modell för rättsfallstolkning är en viktig del att inordna avgöranden bland övriga rättskällor för att skapa ett enhetligt och koherent system. Vid valet mellan oförenliga avgöranden, eller motstridiga uppgifter i ett prejudikat och andra rättskällor, avgör prejudikatens tyngd hur de ska inordnas.³⁷ Westberg har att *bedöma prejudikatvärdet* som det avslutande steget i

³² Strömholm, Stig: "En stillsam revolution – utvecklingstendenser i den svenska Högsta domstolens argumentationsteknik efter 1971 års fullföljdsreform". I: *Lov og frihet. Festskrift til Johs. Andenæs*, Oslo, 1982, s. 654; Strömholm *En svensk prejudikatlära* a.a. s. 929; Ekelöf a.a. s. 150, 165.

³³ Strömholm 1982 a.a. s. 654; Strömholm *En svensk prejudikatlära* a.a. s. 929; Ekelöf a.a. s. 150, 165; Victor a.a. s. 717-719.

³⁴ Melander, Joel, Samuelsson, Jan: *Tolkning och tillämpning*, Uppsala, 2003, s. 159; Hellner 1994 a.a. s. 94, 96; Bolding a.a. s. 46; Gregow 2002 a.a. s. 118.

³⁵ Bernitz m.fl. a.a. s. 129; Melander a.a. s. 184.

³⁶ Heuman 1992 a.a. s. 209-210.

³⁷ Lehrberg a.a. s. 171-173.

sin fyrstegsmodell för prejudikattolkning, ”Prejudikattolkningens ABC”. Där är syftet med att bedöma värdet att kritiskt granska om prejudikatet bör tillåtas vara vägledande för rättstillämpningen.³⁸

En faktor som har ansetts ge ett avgörande särskild tyngd är att det avgjorts i plenum. Plenumavgöranden respekteras i princip undantagslöst, även av de justitieråd som vid tiden för avgörandet röstat med minoriteten. En annan faktor som vissa anser påverka ett avgörandes tyngd, men i motsatt riktning, är att avgörandet inte var *enigt*. Skiljaktiga meningar, eller jämna röstsiffror har påståtts ge avgörandet minskat värde i bemärkelsen att även om det fortfarande är ett prejudikat är det av mindre auktoritet. Åsikten är dock inte oemotsagt vilket ska behandlas vidare nedan (5.5.2).³⁹

I den moderna doktrinen framhålls ofta faktorer relaterade till *prejudikatets kvalitet* som avgörande för dess tyngd. I exempelvis Westbergs bedömning av prejudikatvärdet utgår han istället från huruvida avgörandet är: *begripligt, rationellt motiverat, praktikabelt, väl avpassat efter rättsystemet i övrigt* och om det har ett *betydande mått av generalitet*.⁴⁰

Precis som frågan om prejudikatbundenheten påverkar prejudikattolkningens förutsättningar gör även prejudikatens olika värden det. Minskad tyngd, eller minskat värde, ger ökade möjligheter att förstå rättsläget annorlunda än HD. Förlorar ett avgörande sitt prejudikatvärde helt får det konsekvensen att prejudikattolkningen får ske obeaktat vad HD slår fast i avgörandet. Frågan om prejudikatets värde blir sålunda central för att utreda hur tolkningsmöjligheterna påverkas av olika prejudikatfaktorer.

³⁸ Westberg 2000 a.a. s. 613-614.

³⁹ Bernitz m.fl. a.a. s. 129, 155; Melander a.a. s 184; Fleischer 1981 a.a. s. 155.

⁴⁰ Westberg 2000 a.a. s. 613-614.

3 Prejudikattolkningens grunder

3.1 Prejudikattolkning

Vid tolkning av prejudikat utgår uttolkaren i regel från domen som den återgivits i ett referat (se vidare nedan om objektiv och subjektiv tolkning 3.3.1). Begreppet *prejudikattolkning* kan dock uppfattas som missvisande. Frasen implicerar att det skulle vara tillräckligt att slå fast innehållet i en enskild utsaga eller uttyda den verkliga innebörden av en formulering i ett avgörande. Att bedöma gällande rätt genom prejudikattolkning innebär ofta något helt annat.⁴¹

Även om tolkningsprocessen varit lyckad i bemärkelsen att ordens innebörd lyckats utläsas, blir prejudikatets fulla förståelse beroende av en sammanvägning av hur avgörandet förhåller sig till andra avgöranden, andra rättskällor och faktorer i övrigt. För att få kunskap om rättsläget är det alltså inte tillräckligt med en strikt semantisk uttolkning av ordens innebörd i ett enskilt rättsfall. Prejudikat måste förstås utifrån sin rättsliga kontext.⁴²

3.2 Prejudikattolkningsterminologi

Det är av viss betydelse att vara bekant med den grundläggande prejudikattolkningsterminologin. Begreppen användes i större utsträckning i äldre rättsvetenskap, men förekommer fortfarande.

Initialt görs åtskillnad mellan *aktiv* och *passiv* tolkning. Med *passiv* tolkning förstås prejudikattolkning som är utpräglad försiktig. Uttolkaren håller sig i stort endast till vad domskälen uttryckligen anger. *Aktiv* tolkning är motsatsvis mera *extensiv*.⁴³

Aktiv tolkning är i sig indelad i *konstruktiv aktiv tolkning*, eller *destruktiv aktiv tolkning*. *Konstruktiv* tolkning är regelskapande. Uttolkaren tillåter sig vidare tolkningsoperationer i prejudikatregelskapande syfte. *Destruktiv* tolkning är motsatsvis en aktiv operation för att inskränka prejudikatets betydelse. Syftet med operationen är att begränsa alternativt helt beröva prejudikatet dess värde. Vanligare benämning idag för dylikt tolkningsarbete är *inskränkande tolkning*.

Avslutningsvis används termerna *extensiv tolkning* och *restriktiv tolkning*. Begreppen är lånade från lagtolkningen och skiljer på hur vid betydelse uttolkaren vill ge prejudikatet. Vid *restriktiv* tolkning får prejudikatet endast

⁴¹ Fleischer 1981 a.a. s. 157-158, 165-169.

⁴² Fleischer 1981 a.a. s. 157-158, 165-169.

⁴³ Lehrberg a.a. s. 164; Hjerner a.a. s. 17-18; Strömholm 1996 a.a. s. 508.

agera förebild åt förhållanden väldigt lika dem i fallet, extensiv tolkning ger prejudikatet tvärtom vidare tillämpning (se vidare nedan 3.4).

3.3 Tillåten prejudikattolkningsdata

3.3.1 Objektiv eller subjektiv tolkning

Att bestämma tillåtna tolkningsdata handlar om att fastslå vilka medel tolkaren får använda för att fastställa avgörandets innebörd. Prejudikattolkningsterminologin skiljer på två metoder: *objektiv* och *subjektiv* tolkning. Skillnaden mellan dem är vilka tolkningsdata som tillåts vid tolkningen.⁴⁴

Subjektiv tolkningsmetod inriktar sig på att ta reda på vad *domarna som avgjort målet avsåg att prejudikatet skulle ha för innebörd*. Den tolkningsdata som tillåts vid subjektiv tolkning är i princip oinskränkt: tolkaren kan intervjua domaren, jämföra domen med åsikter domaren har uttryckt i andra sammanhang, gå igenom domarens brev, artiklar eller protokoll och överläggningspromemorior i samband med domen. Åsikter som domaren uttryckt i andra sammanhang kan också beaktas: protokoll, minnesböcker, domarens bokbestånd etc. Den subjektiva tolkningen sätter domarens intentioner med prejudikatet före ordens innebörd och alla medel som kan avslöja något om dessa intentioner är tillåtna.⁴⁵

Vid objektiv tolkning intresserar sig uttolkaren inte för vad domaren kan ha menat utan *hur domen bör förstås så som den står*. Vid den objektiva tolkningen utgår tolkaren från referatet och tolkar det i sin rättsliga kontext. Den tolkningsdata som tillåts är endast material som är objektivt eller allmänt tillgänglig (se vidare nedan 3.3.2).⁴⁶

Huvudsakliga delar av rättsvetenskapen förespråkar en objektiv tolkningsmetod. Argumenten för den ståndpunkten är flera:

- 1) Ska prejudikat användas i bemärkelsen att allmänheten ska inrätta sig efter dem, kan endast sådana objektiva moment som framgår av referatet göras gällande eftersom resten inte är allmänt tillgängliga i samma utsträckning;⁴⁷
- 2) Ju närmare tolkningsdatan ligger texten som ska tolkas desto bättre, och det är ett rimligt antagande att vad som spelat störst roll för HD vid avgörandet också kommit med i själva domskälen;⁴⁸
- 3) Ska avgöranden tillåtas fungera som rättskälla måste de också, precis som lagstiftningen, kunna offentligt granskas och kritiseras. Att tillå-

⁴⁴ Fleischer 1981 a.a. s. 192; Lehrberg a.a. s. 153; Hjerner a.a. s. 19, 23; Strömholm 1996 a.a. s. 508.

⁴⁵ Lehrberg a.a. s. 153; Fleischer 1981 a.a. s. 162; Hjerner a.a. s. 19.

⁴⁶ Lehrberg a.a. s. 153; Fleischer 1981 a.a. s. 192-193; Hjerner a.a. s. 19.

⁴⁷ Fleischer 1981 a.a. s. 191.

⁴⁸ Westberg 2000 a.a. s. 599.

ta ej allmänt tillgängliga faktorer ändra betydelsen av ett prejudikat uppfyller inte de rättssäkerhetskraven.⁴⁹

Den subjektiva tolkningen har också i sig själv många brister. Det blir ofta fråga om att använda ett tämligen slumpmässigt och osäkert tolkningsunderlag. Det finns ingenting som hindrar domaren från att ändra sin åsikt eller ståndpunkt efter att domen avkunnats. När det är tal om kollegiala avgöranden som i HD går det heller knappast att tala om någon enskild subjektiv uppfattning som varit styrande. Att tro sig kunna identifiera en sådan är snarast en illusion.⁵⁰

Även om majoriteten menar att prejudikattolkning generellt bör genomföras utifrån en objektiv tolkningsmetod förekommer åsikten att beroende på omständigheterna kan en subjektiv tolkning vara motiverad, exempelvis vid rättshistorisk forskning. Framställningen framöver kommer dock, precis som förespråkas i doktrinen, att utgå från en objektiv tolkningsmetod.⁵¹

3.3.2 Hjälpfakta

Utifrån en objektiv tolkningsmetod ska prejudikatet framtolkas ur HD:s domskäl. Domskälen kan dock ibland vara svåra att förstå och måste ställas i relation till, eller läsas tillsammans med, andra delar av referatet. Annat allmänt tillgängligt material kan vara nödvändigt att beakta som *hjälpfakta* i syfte att förstå HD:s domskäl. Avgränsningen av tillåtet material sker utifrån vad som är allmänt tillgängligt. Exempel på sådant som kan ge vägledning är: *referatrubriken, föredragandes betänkande, skiljaktiga meningar, särskilda yttranden, underinstansernas avgöranden, parternas argumentation, hänvisningar* till andra prejudikat, doktrinen eller andra delar av referatet, etc. Materialet är allmänt tillgängligt och kan innehålla hjälpsam information för att förstå HD:s domskäl.⁵²

På samma sätt måste processreglerna beaktas för att förstå HD:s domskäl och prejudikatet. Processuella begränsningar påverkar vad HD har att uttala sig om, vilket påverkar domskälen, vilket påverkar prejudikattolkningen. Processen i det konkreta fallet utgör sålunda ramen för domstolen, och det är parterna som styr hur processen utformas. Läser uttolkaren endast HD:s domskäl, utan att uppmärksamma hur processen formats genom underinstanserna kan denne missa att det finns begränsningar i vad HD har att ta ställning till.⁵³

⁴⁹ Hjerner a.a. s. 40.

⁵⁰ Strömholm 1984 a.a. s. 645; Strömholm En svensk prejudikatlära a.a. s. 930; Hjerner a.a. s. 20, 39-40; Zahle, Henrik: *Rettens kilder*, Köpenhamn, 1999, s. 50-51.

⁵¹ Lehrberg a.a. s. 153; Westberg 2000 a.a. s. 599; Fleischer 1981 a.a. s. 191, 193; Hjerner a.a. s. 39-40; Strömholm 1996 a.a. s. 508; jfr även Thews a.a. s. 545 som tycks generellt förespråka en subjektiv tolkning.

⁵² Bernitz m.fl. a.a. s. 140, 153-156; Eek, Hilding: *Juridikens källmaterial*, Stockholm, 1979, s. 67-68, 71-72; Fleischer 1981 a.a. s. 199-201; Lehrberg a.a. s. 154, 156, 158-162; SOU 1986:1 a.a. s. 51; Westberg 2000 a.a. s. 598; Heuman 2007 a.a. s. 595; Hellner 1994 a.a. s. 98-99; Zahle a.a. s. 49-56.

⁵³ Strömholm En svensk prejudikatlära a.a. s. 503.

Ett bra exempel har konstruerats utifrån ett skadeståndsmål och den processuella regeln om förbudet mot *reformatio in pejus*, som innebär att har endast den ena parten överklagat får inte högre instans ändra avgörandet till dennes nackdel: I ett skadeståndsmål bifaller underrätt talan om skadestånd men till ett lägre belopp än vad käranden yrkat. Endast käranden överklagar för att få ut det högre beloppet. Även om HD inte ändrar underrättens dom är det inte möjligt att dra slutsatsen att HD ansett skadeståndsskyldighet föreligga i fallet. Processregeln om *reformatio in pejus* gör att HD hade ingen möjlighet att underkänna avgörandet eftersom det endast var käranden som hade överklagat.⁵⁴

3.3.3 Hjälpvetenskap

En annan aspekt av vilken tolkningsdata som ska tillåtas, är huruvida kunskaper från *hjälpvetenskap*, rättspsykologi, rättsekonomi, beteendevetenskap etc., ska få påverka tolkningen. Hjälpvetenskapen kan vara belysande för vilket tolkningsalternativ som är lämpligast exempelvis genom att hjälpa uttolkaren att förutse effekterna av olika tolkningsalternativ, eller illustrera att ett antagande HD gjort saknar vetenskaplig grund.⁵⁵

Huruvida hjälpvetenskapen får användas de lege lata i tolkningen, eller endast utgöra argument de lege ferenda avgörs i slutändan av vilken rättskällestatus den erkänns. Heuman har behandlat frågan ingående och kommit fram till att det inte är möjligt att dra några säkra slutsatser avseende i vilken utsträckning hjälpvetenskaper kan få inverkan på prejudikattolkningen. Bedömningen måste ske från fall till fall beroende på om forskningen är säkerställd och hur den förhåller sig till andra juridiskt relevanta faktorer. Hjälpvetenskapens betydelse som grund för att kritisera ett prejudikat återkommer nedan 5.5.4.⁵⁶

3.4 Prejudikattolkningens två ingångar

Ett prejudikat är i grunden ett avgörande av ett konkret fall. Ur prejudikattänseende är det dock inte domslutet i det enskilda fallet som är det enda eller huvudsakligen relevanta, utan *varför* domslutet blev som det blev. Prejudikatets ställning som rättskälla tillsammans med prejudikatbundenheten ger att om uttolkaren kan identifiera vad det var som motiverade utgången i prejudikatet kan denne också säga om framtida fall kommer att behandlas likadant.⁵⁷

⁵⁴ Eek m.fl. a.a. s. 66-67.

⁵⁵ Heuman 2005 a.a. s. 769.

⁵⁶ Heuman 2005 a.a. s. 781-783, 789; Hellner, Jan: *Metodproblem i rättsvetenskapen: studier i förmögenhetsrätt*, Stockholm, 2001, s. 33.

⁵⁷ Victor a.a. s. 738; Bergholtz, Gunnar: *Ratio et auctoritas: ett komparativrättsligt bidrag till frågan om domsmotiveringens betydelse främst i tvistemål*, Lund, 1987, s. 389-391; Fleischer 1981 a.a. s. 178; Lehrberg a.a. s. 160; Hjerner a.a. s. 43; Zahle a.a. s. 49.

Även om det finns flera olika metodologiska teorier avseende prejudikat-tolkning, kan samtliga sägas utgå från två alternativa synsätt. Den ena bygger på att domskälen i varje prejudikat utgår ifrån en *rättsregel*. Prejudikat-tolkarens uppgift blir då att identifiera rättsregeln och sedan generalisera den.⁵⁸

Det andra synsättet utgår istället från den grundläggande juridiska principen att *lika fall ska behandlas lika*. Prejudikat-tolkarens uppgift ur det perspektivet blir att jämföra domskälen i prejudikatet med förhållandena i det efterföljande fallet. Är fallen lika ska det senare fallet leda till samma domslut som prejudikatet.⁵⁹

Nedan ska de båda ingångarna behandlas separat. Det är viktigt att poängtera att det inte nödvändigtvis behöver föreligga någon skillnad, vare sig praktisk eller teoretisk, mellan de båda synsätten; ett rättsfall kan omfattas av ett prejudikat både därför att det faller in under prejudikatets generella rättssats och därför att fallen är lika på relevanta punkter. De flesta författare blandar de båda synsätten, och det finns inget principiellt fel i det. Att skilja dem åt kan dock fylla ett pedagogiskt och illustrativt syfte. Ur en arbetsmetodologisk synpunkt har det även viss betydelse om uttolkaren försöker generalisera prejudikatet till en rättssats eller jämför likheter.⁶⁰

3.4.1 Prejudikat-tolkning utifrån en bakomliggande rättsregel

Utgår prejudikat-tolkaren från att identifiera en bakomliggande rättsregel syftar prejudikat-tolkningen till att (1) identifiera den rättsregel eller rättsprincip, som gjorde att utgången blev som den blev och sedan (2) fastställa hur vid tillämpning rättsregeln har, eller *generalisera* den. Generaliseringen fastslår om regeln som motiverade utgången bara går att använda under de förhållanden som förelåg vid tvisten eller om den kan vidgas och omfatta även andra situationer. Kvar efter de två stegen blir en *prejudikatregel*.⁶¹

3.4.1.1 Identifiera rättsregeln

Westberg har illustrativt beskrivit uppgiften att identifiera rättsregeln som att omformulera prejudikatet till rättsregelns form, en *om-så sats*. Westberg ger ett exempel som utgår ifrån en hypotetisk precisering av culparegeln i 2 kap. 1 § skadeståndslagen (1972:207):⁶² Svaranden blir skadeståndsskyldig eftersom han har kört med sin skateboard på en gångbana och då skadat käranden. Domstolen utgår i sin culpabedömning från vägtrafikkungörelsen. Den uttolkade prejudikatregeln blir: ”Om någon i strid mot vägtrafikkungö-

⁵⁸ Strömholm En svensk prejudikatlära a.a. s. 930-931; Hjerner a.a. s. 14; Westberg 2000 a.a. s. 597; Strömholm 1996 a.a. s. 506-507; Melander a.a. s. 155.

⁵⁹ Peczenik Vad är rätt? a.a. s. 234; Fleischer 1981 a.a. s. 172.

⁶⁰ Fleischer 1981 a.a. s. 179.

⁶¹ Westberg 2000 a.a. s. 586; Lehrberg a.a. s. 149; Strömholm En svensk prejudikatlära a.a. s. 930, 931; Fleischer 1998 a.a. s. 188.

⁶² Westberg 2000 a.a. s. 585.

relsen framför ett fordon på gångbana i tätbebyggt område, avviker denne från en etablerad aktsamhetsstandard och får därför anses vara vårdslös.”⁶³

Metoden utgår ifrån *generaliseringstendensen* i juridiken: att alla avgöranden från domstolar i någon mån bygger på allmänna överväganden och att alla prejudikat innebär antingen formandet av en ny, eller precisering av en redan befintlig, rättsregel. Principiellt kommer det sålunda alltid finnas en bakomliggande rättsregel vilken kan generaliseras ur det konkreta avgörandet.⁶⁴

Prejudikat är, till skillnad från lagar, inte primärt formulerade som generella bud till allmänheten, utan riktade till parterna för att utgöra en lösning av deras tvist. För att komma åt rättsregeln måste alla omständigheter i domskälen som endast är relaterade till det konkreta fallet skalas bort. Ibland kan rättsregeln vara uttryckligen formulerad av HD, vilket gör den enklare att hitta, ibland kan det vara nära nog omöjligt att identifiera den bakomliggande rättsregeln. Avgörande för om det är möjligt att identifiera rättsregeln är dels domskälens kvalitet, dels hur konstruktiv eller fri uttolkaren tillåter sig att vara i sin tolkning.⁶⁵

I arbetet med att identifiera rättsregeln menar Westberg att det är viktigt att försöka vara så texttrogen som möjligt, att använda samma formuleringar som domstolen, och anstränga sig för att omformulera domskälen till en rättsregelns form. Låter det sig inte göras kan tillgängliga hjälpfakta behöva användas för att fastställa rättsregeln.⁶⁶

3.4.1.2 Generalisera prejudikatregeln

Det som vanligtvis är problematiskt vid fastställandet av prejudikatregeln är dock inte att identifiera rättsregeln utan att konstatera i vilken utsträckning det är möjligt att generalisera avgörandet. Lehrberg menar att ta reda på hur långt en generalisering är möjlig att driva är vad hela prejudikattolkningen handlar om.⁶⁷

Westbergs metod för att generalisera avgörandet efter att rättsregeln fastslagits är indelad i att först fastslå den rättsprincip som den identifierade rättsregeln i prejudikatet ger uttryck för, och sedan besluta dess räckvidd. Genom att först ta reda på vilken idé det är som prejudikatregeln är sprungen ur blir det enklare att placera in prejudikatet i sitt sammanhang, få reda på hur prejudikatet förhåller sig till övriga rättskällor och besluta dess räckvidd.⁶⁸

Vad som är möjligt att generalisera bort beror på vilken rättsregel det är som behandlas. Även om vissa aspekter av ett avgörande, såsom parternas per-

⁶³ Westberg 2000 a.a. s. 585.

⁶⁴ Westberg 2000 a.a. s. 597; Strömholm 1996 a.a. s. 506-507; Hjermer a.a. s. 14; Strömholm En svensk prejudikatlära a.a. s. 930-931; Melander a.a. s. 155.

⁶⁵ Westberg 2000 a.a. s. 599-600.

⁶⁶ Westberg 2000 a.a. s. 599-602.

⁶⁷ Lehrberg a.a. s. 166-167; Bernitz m.fl. a.a. s. 143.

⁶⁸ Westberg 2000 a.a. s. 609-611.

sonliga egenskaper, identitet, tid, plats etc., ofta är möjliga att bortse ifrån vid formuleringen av prejudikatregeln, är det inte möjligt att generellt ange vissa typer av uppgifter som utan betydelse för avgörandets prejudikatverkan. Vad som är irrelevant för en viss rättsregel kan vara ett rekvisit i en annan.⁶⁹

Som ska behandlas vidare nedan (se bl.a. 4.2-4.3) blir domskälen och deras utformning avgörande för generaliseringsgraden. Domskäl med få rättsfakta, vilka kan utgöra rekvisit i prejudikatregeln, kan i regel ges en vid generalisering. Särskilt om domskälen i övrigt innehåller en god rättslig motivering.⁷⁰

Generellt kan sägas att det är svårare, och mera vanskligt, att skapa vida och allmängiltiga prejudikatregler än smala regler som endast kan användas på förhållanden mycket lika de i fallet. Ju närmre tolkaren knyter prejudikatregeln till de konkreta omständigheterna i prejudikatet, ju mer inskränkt rättsregeln formuleras, desto säkrare är den, men den får samtidigt ett mera begränsat tillämpningsområde.⁷¹

En anledning till varför det är svårare att skapa vida prejudikatregler är att de riskerar att få för vitt tillämpningsområde och gå emot andra rättsregler.⁷² Stig Strömholm har givit ett exempel på problematiken:

”I ett fall A har skadeståndsskyldighet ålagts en skogshuggare för skada, som vid användning av motorsåg drabbat en tolvårig pojke, vilken på skogshuggarens begäran tillfälligt höll en lykta åt denne (...). En domare, som i ett senare, likartat fall söker formulera en regel med stöd av avgörandet i A uppställer först regeln ”skadeståndsskyldighet skall åläggas den som vid utövandet av farlig verksamhet skadar någon, som han utsatt för skaderisk genom att be honom biträda vid verksamhetens bedrivande”. Nu visar det sig emellertid att det redan existerar ett annat prejudikat, B, där omständigheterna är tämligen lika dem i A: en åkare hade bett en lastbilschaufför (...) att (...) ge tecken åt åkaren när denne skulle stanna sin backande lastbil. Under operationen (...) skadades lastbilschauffören, men åkaren ålades ej skadeståndsskyldighet. Domaren finner A och B i ungefär lika hög grad användbara som underlag för avgörandet i det egna målet”⁷³

För att båda prejudikaten ska kunna samexistera måste någon av reglerna inskränkas. I praktiken går inskränkningen till så att man gör en av omständigheterna i prejudikatet till en del av rättsregeln som motiverade utgången i fallet. Det tillagda rekvisitet inskränker prejudikatregeln till att gälla färre fall och regelkonflikten undviks. Lösningen på problemet i Strömholms exempel blir sålunda att prejudikattolkaren lägger till ytterligare ett rekvisit som förutsättning för rätt till skadestånd i A:⁷⁴

“att den skadelidande på grund av ungdom eller eljest ej kan förväntas själv bedöma skaderisken”.⁷⁵

⁶⁹ Lehrberg a.a. s. 165-166; Hjerner a.a. s. 16.

⁷⁰ Bergholtz 1987 a.a. s. 397-398.

⁷¹ Thornstedt a.a. s. 20.

⁷² Bergholtz 1987 a.a. s. 397-398.

⁷³ Strömholm 1996 a.a. s. 507.

⁷⁴ Strömholm 1996 a.a. s. 507-508.

⁷⁵ Strömholm 1996 a.a. s. 507-508.

Huruvida rättsregeln i ett prejudikat ska få en vidsträckt eller inskränkt betydelse beror på en mängd faktorer och måste avgöras utifrån varje enskilt fall. Det är, som i exemplet ovan, viktigt att prejudikaten inordnas så att olika rättskällor inte säger emot varandra och att rättssystemet förblir mot-sägelsefritt. Avgöranden kan sålunda behöva inskränkas för att inte rubba koherensen i systemet. En annan anledning att inskränka en rättsregel kan vara att en för generellt formulerad regel kan få oönskade konsekvenser och omfatta situationer som domstolen inte tänkt på.⁷⁶

3.4.1.3 Tolkning utifrån ett eller flera avgöranden

Ett återkommande problem för prejudikattolkningen är att det inom många rättsområden är väldigt ont om avgöranden från HD. Det knapphändiga underlaget gör det angeläget att använda de få prejudikat som finns så väl som möjligt.⁷⁷

Att det finns få avgöranden gör det ofta nödvändigt att tolka rättsläget utifrån bara ett enskilt prejudikat, eller prejudikat på ett närliggande rättsområde. Det finns i dessa situationer en överhängande risk att uttolkaren övertolkar innebörden av rättsfallet, och vill generalisera det eller ge det vidare tillämpning än vad som egentligen är rättfärdigat.⁷⁸

Risken att övertolka ett enskilt rättsfall är särskilt stor då uttolkaren arbetar utifrån att generalisera avgörandet till en prejudikatregel. Bara ett prejudikat är en mycket svag grund för att formulera en regel. Redan då det finns två avgöranden som berör samma fråga och knyter an till samma prejudikatregel har möjligheten att avgränsa regelns utformning och slå fast vissa faktiska omständigheter som irrelevanta ökat markant. Flera författare menar även att har uttolkaren endast ett prejudikat till grund för sin bedömning är det andra arbetssättet, att jämföra likheter, att föredra. Att försöka formulera och generalisera en prejudikatregel kräver ett större underlag.⁷⁹

En annan aspekt av samma problem är att det ibland kan vara *nödvändigt* att ställa samman flera rättsfall och formulera prejudikatregeln utifrån dem i sin helhet. Det beror på att HD ofta låter rättsutvecklingen ske *gradvis* istället för att ta klara kliv i någon riktning. För att kunna uttolka den verkliga prejudikatregeln är det då inte tillräckligt att studera ett fall som bara är ett led i en större förändring. HD kan i ett senare eller tidigare rättsfall ha formulerat regeln mera generellt eller givit den en mera preciserad innebörd (se nedan 5.3, 5.6).⁸⁰

3.4.2 Prejudikattolkning utifrån om

⁷⁶ Lehrberg a.a. s. 171; Hellner 1994 a.a. s. 106.

⁷⁷ Thornstedt a.a. s. 19-20; Eriksson a.a. s. 1; Strömholm En svensk prejudikatlära a.a. s. 923, 926-927; Westberg 2000 a.a. s. 593.

⁷⁸ Bernitz m.fl. a.a. s. 150-151.

⁷⁹ Strömholm 1996 a.a. s. 502-505.

⁸⁰ Eckhoff a.a. s. 187-191; Eek m.fl. a.a. s. 72; Bernitz m.fl. a.a. s. 150-151; Hjerner a.a. s. 14.

avgörandena är likartade

Vissa författare motsätter sig att all prejudikatanvändning innebär en generalisering av prejudikatet till en rättsregel. Aleksander Peczenik menar att det är tillräckligt att ett nytt fall avgörs på samma sätt som prejudikatet och att de båda har *väsentliga likheter*. Om likheten varit styrande för utgången behöver inte prejudikattolkningen med nödvändighet innebära att prejudikatet har utgått ifrån en generell prejudikatregel.⁸¹

Den ideologiska grunden för att fall som är lika prejudikatet också ska få samma utgång bygger på principen att lika fall ska behandlas lika. Att lika ska behandlas lika innebär dock inte att fallen måste sammanfalla i alla avseenden för att prejudikatet ska tillåtas vara vägledande för utgången. Någon sådan identitet mellan två avgöranden lär aldrig inträffa. Svårigheten med en prejudikattolkningslära som bygger på att lika fall ska behandlas lika är just att avgöra när två fall är så lika att de inte får behandlas olika. Hur lika måste de vara och på vilket sätt?⁸²

Svaret är att det inte går att ange någon generell formell för när två avgöranden är tillräckligt lika, bedömningen måste ske från fall till fall. Problemet med att använda sig av ett likhetskriterium är att det saknar något entydigt innehåll. En juridisk avvägning krävs alltid i det enskilda fallet för att avgöra huruvida en aspekt är relevant eller inte i likhetsbedömningen.⁸³

3.4.2.1 Ratio decidendi och obiter dicta

Inom den engelska prejudikatläran har begreppen *ratio decidendi* och *obiter dicta* utvecklats. Med *ratio decidendi* förstås de delar av domskälen vilka var nödvändiga för att nå domslutet och *obiter dicta* utgör motsatsvis de delar som inte var nödvändiga för utgången. Även om åtskillnaden inte är av samma betydelse i svensk som i engelsk rätt, kan terminologin vara användbar då doktrinen återkommande använder sig av den.⁸⁴

När ett prejudikat ska användas såsom rättskälla för ett senare avgörande, är det endast i de delar av domskälen vilka utgjort *ratio decidendi* som det behöver föreligga likhet. Genom att urskilja de moment som varit nödvändiga för prejudikatets utgång går det sålunda att säga om tillräcklig likhet föreligger mellan prejudikatet och senare fall för att motivera likabehandling. Någon tumregel för hur man särskiljer *ratio decidendi* från *obiter dicta* finns dock inte och det torde sällan vara en fullt objektiv fråga eftersom olika domare lägger vikt vid olika förhållanden såsom nödvändiga för målets utgång.⁸⁵

⁸¹ Peczenik Vad är rätt? a.a. s. 234; jfr även Bolding a.a. s. 47.

⁸² Hjerner a.a. s. 16-17; Lehrberg a.a. s. 164; Bergholtz 1987 a.a. s. 397.

⁸³ Fleischer 1981 a.a. s. 184-185; Heuman 1992 a.a. s. 211; Hjerner a.a. s. 16.

⁸⁴ Fleischer 1981 a.a. s. 180-181; Bernitz m.fl. a.a. s. 156; Hellner 1994 a.a. s. 104.

⁸⁵ Fleischer 1981 a.a. s. 177, 186-187; Heuman 1992 a.a. s. 201; Hellner 1994 a.a. s. 104; Hjerner a.a. s. 8-9, 17; Peczenik Vad är rätt? a.a. s. 233.

Jämförelsen huruvida två avgöranden är likartade med hjälp av domskälens *ratio decidendi* problematiseras ytterligare eftersom ett avgörande anses bestå av både *anförda ratio decidendi* och *konstruerade ratio decidendi*. Anförda *ratio decidendi* är de skäl vilka var nödvändiga för målets utgång och som även framgår direkt ur domskälen. Konstruerade *ratio decidendi* är de omständigheter som *inte* har nämnts i domskälen men som ändå var nödvändiga för målets utgång i den bemärkelsen att utgången hade blivit annorlunda om omständigheterna inte gällt. Det är alltså möjligt att hävda att två fall ska behandlas lika även utifrån omständigheter som inte direkt framgår ur prejudikatet.⁸⁶

3.4.2.2 Olika behandlas olika – distinguishing the case

Precis som vid inskränkning av prejudikatregeln ovan är att identifiera olikheter mellan avgöranden sättet varigenom prejudikattolkaren kan undkomma en oönskad rättsföljd. Enligt den engelska terminologin kallas det *distinguishing the case* eller bara *distinguishing*. Metoden går ut på att genom att identifiera skillnader mellan prejudikatet och fallet för handen motivera varför prejudikatet inte är relevant för det aktuella fallet. Det kan röra sig om konstruerade *ratio decidendi* som framhålls, eller mycket små skillnader, vilka läggs stor vikt vid, och görs till *ratio decidendi*.⁸⁷

Det är dock värt att poängtera att utgångspunkten att lika ska behandlas lika inte med nödvändighet innebär att olika ska behandlas olika. Av flera anledningar kan domstolen komma till samma domslut trots relevanta skillnader mellan två fall. Exempelvis kan skillnaden, utan att vara irrelevant, inte anses tillräckligt betydelsefull för att ge utslag på domslutet. En annan möjlighet är att domstolen trots den relevanta skillnaden efter en sammantagen bedömning känner att prejudikatet bör ges betydelse även i detta fall.⁸⁸

En liknande problematik är att det inte behöver föreligga likhet mellan fallen ifråga i bemärkelsen att det enbart är samma faktiska omständigheter som gör sig gällande. Likabehandling mellan ett prejudikat och ett efterföljande fall kan även motiveras av att exempelvis samma *reella hänsyn* aktualiseras i de båda fallen.⁸⁹

3.4.3 Analogitolkning

Analogitolkning är en förlängning av principen att lika fall ska behandlas lika. Det handlar om att närliggande fall ska behandlas på ett närliggande sätt. Den principiella skillnaden mellan att tolka ett avgörande analogt och att bara anamma en mera extensiv eller konstruktiv tolkning är inte helt klar.⁹⁰

⁸⁶ Peczenik 1995 a.a. s. 39; Peczenik Vad är rätt? a.a. s. 235; Fleischer 1981 a.a. s. 180, 189.

⁸⁷ Heuman 1992 a.a. s. 225; Heuman 2006 a.a. s. 94; Peczenik Vad är rätt? a.a. s. 236.

⁸⁸ Fleischer 1981 a.a. s. 180.

⁸⁹ Fleischer 1981 a.a. s. 176.

⁹⁰ Westberg 2000 a.a. s. 612; Lehrberg a.a. s. 164; Fleischer 1981 a.a. s. 204.

Vad uttolkaren ofta vill poängtera genom att säga att tolkningen är analog, är att avgörandena inte är tillräckligt lika för att domslutet ska följa av prejudikatets bindande verkan, men tillräckligt lika för att prejudikatet ska kunna användas som en vägledande modell. Uttolkaren använder prejudikatet vidare än vad som följer av dess domskäl.⁹¹

3.5 Motsatsslut

Motsatsslut är, precis som analogitolkning, ett lagtolkningsfenomen. Vid lagtolkning gäller som allmän förutsättning att utanför vad lagen anger följer inte rättsföljden. Applicerat på prejudikat skulle principen innebära att utanför prejudikatregeln, eller de fall då *ratio decidendi* inte är uppfyllda, skulle domslutet bli det motsatta.⁹²

Doktrinen generella inställning till motsatstolkning av prejudikat är skeptisk. Vissa författare går så långt som att säga att det inte är tillåtet att använda motsatstolkning vid prejudikatolkning. Grunden för den inställningen är att eftersom HD endast har haft att pröva det enskilda fallet har domstolen inte tagit ställning till något annat än förutsättningarna däri. Det saknas sålunda grund för att dra några slutsatser om motsatsförhållandet. Andra delar av doktrin tar inte kategoriskt avstånd från möjligheterna till motsatstolkning, men understryker av samma anledning vikten av att vara försiktig.⁹³

Det finns flera bra exempel ur praxis på att det inte är möjligt att dra ett motsatsslut utifrån rekvisiten i en prejudikatregel. I NJA 1964 s. 97 prövade HD bl.a. fullbordanstillståndet för snatteribrott. Prejudikatregeln för ett olovligt tillgrepp i fallet utgick från tre rekvisit: gärningsmannen hade *stoppat ned kläder i sin väska*, och därigenom *dolt dem*, och sedan *fört dem från avdelningen*. Förbudet mot motsatstolkning ger att ett snatteribrott fortfarande kan vara fullbordat trots att något av rekvisiten i prejudikatregeln inte är uppfyllt. Exempelvis begår en gärningsman som för kläder från en avdelning utan att dölja dem, fortfarande snatteri. Anledningen till att HD inte uttalade sig om den typen av snatteri var att den inte aktualiserades i fallet.⁹⁴

Det förekommer situationer då det är lockande att anta att en fråga måste ha prövats och därför kan man göra antaganden om denna trots att domskälen inte säger något uttryckligen om det. Doktrinen har konstruerat ett exempel utifrån en fordranstvist: *Bakgrund*: Käranden har bestritt en fordran dels med invändningen att det inte finns någon fordran eftersom den uppstått p.g.a. svek, dels därför att den är preskriberad. Domstolen uttalar sig inte om invändningen om svek men bifaller kärandens talan med hänvisning till att fordran var preskriberad. *Antagande*: För att kunna ha preskriberats måste fordran uppstått varför invändningen om svek måste ha prövats. *Motsats-*

⁹¹ Eckhoff a.a. s. 171.

⁹² Fleischer 1981 a.a. s. 206-208.

⁹³ Peczenik 1980 a.a. s. 132; Eek m.fl. a.a. s. 62-63; Bernitz m.fl. a.a. s. 152; Lehrberg a.a. s. 161; Hellner 1994 a.a. s. 102.

⁹⁴ Bernitz m.fl. s. 152.

tolkning: Eftersom domstolen inte biföll kärandens talan p.g.a. invändningen om svek, kan den inte ha funnits giltig.⁹⁵

Både antagandet om vad domstolen prövat och motsatstolkningen kan tyckas logiska, de är dock båda förhastade eftersom det inte är möjligt att säga med säkerhet huruvida domstolen har tagit ställning till svekinvändningen. Det kan vara så att domstolen inte prövat frågan om svek utan valt att avgöra fallet utifrån preskription eftersom det var enklast att konstatera, eller eftersom det var kring preskriptionsfrågan parterna fokuserat i processen eller framfört bäst bevisning.⁹⁶

⁹⁵ Eek m.fl. a.a. s. 63.

⁹⁶ Eek m.fl. a.a. s. 63-64.

4 HD:s domskäl

HD:s domskäl har en central roll i uppsatsen. Dels är domskälen det huvudsakliga granskningsobjektet vid prejudikattolkningen, dels är skillnaderna i prejudikatfaktorer som ska behandlas i hög utsträckning hänförliga till domskälens utformning. Innan prejudikatfaktorerna behandlas ska därför något sägas om HD:s domskäl.

Svensk lagstiftning säger väldigt lite om hur domstolarna ska utforma sina domar. Motiveringsreglerna i RB 17 kap. 7 § anger endast att domen ska innehålla *domskälen med uppgift om vad i målet som är bevisat*. Lagrummet ger egentligen ingen vägledning avseende vad domaren bör tänka på för att utforma ett gott prejudikat.⁹⁷

Justitieombudsmannen (JO) har givit kommentarer avseende vad domskälen bör innehålla, och uttryckt att det finns vissa minimikrav. Enligt JO ska domskälen fylla allmänna krav på relevans, saklighet och läsbarhet. De ska även ge upplysningar om vad som är utrett i målet, vilka rättsregler som är tillämpliga och i den utsträckning lokutioner används bör det framgå av domen vad som avses. Är det lämpligt ska också domstolens värderingar, överväganden och slutledningar framgå.⁹⁸

Den vanliga uppfattningen i doktrinen är att domskälen ska skrivas utifrån sina *funktioner*. Någon förhärskande teori som klart anger vilka domskälens funktioner är saknas dock i svensk rätt.⁹⁹

HD har sålunda tillåtelse att variera sin domskrivningsstil, och gör det också. I vissa fall formulerar HD den rättsregel domstolen har beslutat att använda, i andra fall låter domstolen avgörandet följa endast på ett uppräknande av de faktiska omständigheterna. Vissa domskäl är utförliga, andra mera kortfattade. Doktrinen har definierat och etiketterat en handfull olika domskrivningsstilar hos HD. Ur ett tolkningsperspektiv är det tillräckligt att slå fast att det finns många olika stilar och att samtliga är tillåtna.¹⁰⁰

Ett särskilt fenomen i HD:s domskrivning är så kallade *hattar*. En hatt används när majoriteten inte kan enas kring en formulering i domslutet. De olika åsikterna döljs då rent språkligt under generella begrepp eller ordval som inte utesluter någon av formuleringarna. Denna motiveringstyp kallas hattar. Hattar försvårar prejudikattolkningen eftersom det blir svårare, ibland

⁹⁷ Bergholtz, Gunnar: ”Diffamerande uttalanden i domskäl – Några reflexioner med anledning av den s.k. styckmordsrättegången.”. I: *Process och exekution - vänbok till Robert Boman*, Göteborg, 1990, s. 25.

⁹⁸ Bergholtz 1990 a.a. s. 25-26; JO 1984/85 s. 410: Olämpligt skrivsätt i en dom av en länsrätt. Justisteombudsmannens ämbetsberättelse, 411-412; JO 1961-62 s. 145 D. Anteckningar rörande iakttagelser vid inspektion m.m. Åklagarväsendet. Justisteombudsmannens ämbetsberättelse, s. 145.

⁹⁹ Bergholtz 1990 a.a. s. 25-26; Bergholtz 1987 a.a. s. 133.

¹⁰⁰ Westberg 2000 a.a. s. 596; Bernitz m.fl. a.a. s. 140; Bergholtz 1987 a.a. s. 423.

omöjligt, att säga vilka skäl som var avgörande för utgången i målet. Ratio decidendi eller prejudikatregelns rättsfakta går inte att precisera.¹⁰¹

Vissa delar av doktrinen menar att hattar är ett fenomen som inte förekommer längre. Idag när HD inte kan enas kring en formulering anges istället flera förutsättningar för rättsföljden, flera ratio decidendi, utan att HD förklarar vilken av dem som är den nödvändiga (se vidare nedan 5.2.2).¹⁰²

4.1 HD:s domskrivning förr och nu

HD:s utformning av domskälen har förändrats genom åren. Mycket av förändringen har skett i samklang med hur synen på prejudikatet reviderats. HD gjorde så sent som på 1960-talet uttalanden om att domstolen ansträngt sig för att inte göra några principiella uttalanden och på så vis binda domstolarna under sig. Inställningen till prejudikat och även HD:s syn på domskrivningen har sedan dess förändrats. En dylik växelverkan mellan ökad acceptans av prejudikatet som rättskälla och domskälens utformning är också logisk: används domarna som rättskällor börjar de även utformas för att fungera som sådana.¹⁰³

Som ska utvecklas vidare nedan är det av stor betydelse för att kunna värdera ett prejudikat och förstå dess innebörd att känna till vilken som var den rådande domskrivningsstilen vid tidpunkten för avgörandet (se nedan 5.6.4). Stig Strömholm har delat in HD:s domskrivning i 4 utvecklingskedor:¹⁰⁴

1. Syllogistiska stadiet: 1874- ca 1900.
2. Formella tiden: 1900- 1948.
3. Övergångsskedet: 1948- 1971.
4. Öppna stadiet: 1971-.

Under det *syllogistiska stadiet*, var domskälen mycket korta eller uppbyggda som en syllogism. Domskälen hade en översats som utgjordes av en rättsregel, en undersats utformad som nödvändiga följder av rättsregeln tillsammans med omständigheterna i fallet, samt en slutsats vilket var själva domslutet.¹⁰⁵

Det syllogistiska skedet hade både för- och nackdelar. Nackdelarna var att domskälen sällan gav den fullständiga sanningen om vilka överväganden som verkligen motiverat utgången utan dömandet intellektualiserades och formaliserades. Formaliseringen var samtidigt syllogismens fördel. Det gav en betydande kontroll över hur den juridiska argumentationen fördes, vilket gjorde att en tränad läsare, trots de knapphändiga och kryptiska formuleringarna kunde bedöma kvaliteten i domen.¹⁰⁶

¹⁰¹ Bernitz m.fl. a.a. s. 152; Lehrberg a.a. s. 160; Victor a.a. s. 721, 740.

¹⁰² Bernitz m.fl. a.a. s. 152.

¹⁰³ Strömholm En svensk prejudikatlära a.a. s. 928-929.

¹⁰⁴ Strömholm 1996 a.a. s. 379-384.

¹⁰⁵ Strömholm 1996 a.a. s. 380.

¹⁰⁶ Strömholm 1996 a.a. s. 381; Thornstedt a.a. s. 16.

Ungefär vid sekelskiftet 1900 börjar nästa skede som pågår fram till nya RB:s införande: den *formella tiden*. I detta stadié övergavs det rigorösa skrivsättet till förmån för en mera resonerande form med friare stil och överväganden bakom domslutet presenterades i ökad utsträckning. Förändringarna ska dock inte överdrivas. Även om språkets uppbyggnad var friare, var stilen lakonisk och fasta formaliserade uttryck användes. Argumentationen styrdes fortfarande av en strävan att domslutet skulle följa som en logisk nödvändighet. Det var inte heller tal om att göra några lämplighetsöverväganden eller jämföra alternativa lösningar. Domslutet var inte det bästa av flera alternativ, det var den *riktiga* lösningen.¹⁰⁷

Perioden efter nya RB:s införande 1948 till domstolsreformen 1971 beskriver Strömholm som *övergångsskedet*. Domskälsformuleringar valda för att domslutet skulle te sig som en logisk nödvändighet av en bakomliggande rättsregel fasades bort. Argumentationen blev mera allsidig och redovisning av sakförhållanden ökade väsentligt. Det formella språkvalet, med särskilda formuleringar som dolde en särskild innebörd förekom mer sällan.¹⁰⁸

Efter att HD:s prejudikatbildande och rättsbildande funktion erkändes 1971 inleddes det *öppna skedet*, som råder än idag. De fasta formuleringarna har nu försvunnit. HD jämför alternativa lösningar och diskuterar öppet vilka konsekvenser som kan tänkas följa om en särskild lösning väljs. HD hänvisar inte längre endast till övriga rättskällor, utan diskuterar dem kritiskt och dömer utifrån vaga begrepp såsom grundläggande värderingar lagstiftningen ger uttryck för. Domskälen har generellt blivit längre. Under övergångsskedet dog tanken på att domskälen skulle användas för att rättfärdiga domslutet, i och med det öppna skedet har istället domskälen ambitionen att verkligen redovisa vilka överväganden som lett till utgången.¹⁰⁹

Huruvida denna öppna, utförligare domskrivningsstil, där HD resonerar och formulerar rättsregler är att föredra framför den mera kortfattade stilen har diskuterats i doktrinen. Båda sidor har för och nackdelar och påverkar möjligheterna till tolkning (se vidare nedan 5.2.1-5.2.2, 5.6.4).¹¹⁰

4.2 Domskäl med obiter dicta

Det har ansetts önskvärt att prejudikat endast innehåller *minimiförutsättningarna* för rättsföljden. Att domslutet endast motiveras av de skäl som är tillräckliga och nödvändiga för fallets utgång. Det här är dock inte särskilt vanligt i svenska prejudikat. En sådan lösning skulle ge hög generaliserbarhet ur varje prejudikat, men också binda HD hårt vid prejudikatet i framtiden.¹¹¹

¹⁰⁷ Strömholm 1996 a.a. s. 382; Hjerner a.a. s. 43; Thornstedt a.a. s. 16.

¹⁰⁸ Strömholm 1996 a.a. s. 383.

¹⁰⁹ Strömholm 1996 a.a. s. 384.

¹¹⁰ Bernitz m.fl. a.a. s. 142, 150-151.

¹¹¹ Bergholtz 1987 a.a. s. 400.

Tendensen att HD:s domskäl blir utförligare har dock medfört ett motsatt fenomen. Domskälen innehåller i ökad utsträckning uttalanden om sådant som inte är av avgörande betydelse för utgången i målet, *obiter dicta*.¹¹²

Även om HD består av duktiga och erfarna domare, och det kan vara intressant att höra HD:s åsikt, är det inte helt självklart hur önskvärda dylika uttalanden är. JO har ställt sig skeptisk till att HD uttalar sig om annat än vad målet avser, och åsikten delas i viss mån av doktrinen som menar att *obiter dicta*-uttalanden lämpligen borde göras inom ramen för rättsvetenskapen som har mer tid till sitt förfogande. HD:s uppgift är att bedöma frågan som förts upp till domstolen, inte något annat. *Obiter dicta* är inte nödvändigtvis lika genomtänkt som *ratio*-delarna av domskälen, eftersom de inte påverkat utgången i målet. *Obiter* bygger även på överväganden avseende frågor parterna inte argumenterat kring, och saknar därför ofta samma underlag som *ratio*-uttalandena.¹¹³

Det är i sammanhanget betydelsefullt att understryka att *obiter dicta* och *generella formuleringar* inte är samma sak. Att HD formulerar generella rättsregler är också huvudsakligen ett modernt fenomen som kan ha avvigsidor (se ovan 4.1 samt nedan 5.2.1-5.2.2). Det ligger dock i den juridiska argumentationens natur att försöka rättfärdiga slutsatser genom att härleda konkreta lösningar ur generella rättsprinciper. Nyheten ligger sålunda i att resonemanget redovisas. Fenomenet i sig är inget nytt utan en juridisk grundprincip.¹¹⁴

4.3 Principiella eller kasuistiska domskäl

Det kan tyckas naturligt, då HD:s huvudsakliga uppgift är att verka för rättstillämpningen, att HD:s domskäl formuleras för att rättsregeln ska bli enkel och lättillämpad för efterföljande uttolkare. Ett domslut motiverat utifrån vaga eller obestämda rättsatser har ju inte klarlagt rättsläget, utan endast ersatt en oklarhet med en annan. Entydighet och stringens är ur prejudikatolkningsperspektiv eftersträvansvärt. Hur domskälen ska vara formulerade för att uppnå detta är mera oklart.¹¹⁵

Doktrinen har uttryckt att HD:s domskäl kan dra åt att antingen vara mera *principiella* eller mera *kasuistiska*. Kännetecknande för mera *principiella* domskäl är att de motiverar rättsregeln utifrån färre rättsfakta, täcker mer än situationen för handen, är vägledande i större utsträckning och användbara i fler efterföljande situationer. Typiskt kasuistisk domskrivning knyter motiveringen närmre förhållandena i det konkreta fallet, rättsföljden förutsätter fler rättsfakta eller rättsfakta speciella för situationen i fallet och prejudikatet får därför en mera begränsad räckvidd. Domskälen är aldrig antingen eller,

¹¹² Lehrberg a.a. s. 168-170.

¹¹³ Fleischer 1981 a.a. s. 177; Gregow 2002 a.a. s. 121-122; Eek m.fl. a.a. s. 25-26.

¹¹⁴ Fleischer 1981 a.a. s. 177.

¹¹⁵ Bernitz m.fl. a.a. s. 141; Heuman 1992 a.a. s. 202.

utan det är snarare tal om en glidande skala där prejudikat kan placera sig med dragning åt endera hållet.¹¹⁶

Oavsett åt vilket håll HD väljer att luta i sin motivering finns det såväl för- som nackdelar. Principiella domskäl som inte är för vaga är enklare att tillämpa, men blir lätt för vida. HD kan inte alltid föreställa sig alla situationer då regeln domstolen formulerat kan komma att användas. Principiella domsmotiveringar är också ofta vagare och blir därför svårtillämpade eftersom de inte ger tillräckligt med vägledning. Kasuistiska domar är tvärtom begränsade, och kan inte användas i särskilt många fall, men är enklare att tillämpa då de aktualiseras. Även om risken för oönskad användning minskar, försvinner även en stor del av avgörandets betydelse som prejudikat då regeln endast kan användas under förhållanden mycket lika prejudikatet ifråga.¹¹⁷

I modern praxis är HD medveten om sin prejudikatskapande roll och väljer i regel sina domskäl utifrån hur vid prejudikatregel domstolen kan tänkas skapa.¹¹⁸ Bra exempel på det finns i dubbelfallet NJA 1993 s. 41 I och II. HD beslutade då i plenum att frångå tidigare praxis och bevilja skadestånd till efterlevande till mördade. Bestämmelsen går emot utgångspunkten i svensk rätt att tredjemansskador i princip inte ersätts. När HD frångår principen görs det med inskränkande motiveringar; ersättningen medgavs endast för *närstående*, och endast för *uppsåtligt dödande*. Domskälen är medvetet valda för att inte ge prejudikatet för vidsträckt betydelse, och för att möjliggöra distinguishing i framtiden. HD konstaterade i fallet att skulle en långtgående utvidgning av rätten till skadestånd för tredjemansskada göras borde det ske lagstiftningsvägen. Domskälen är alltså medvetet valda för att inte ge prejudikatet för vidsträckt betydelse.¹¹⁹

Domskäl utformas sålunda i akt och mening att ge utrymme för distinguishing, genom, som i fallet ovan restriktiva, ofta kasuistiska formuleringar. En annan metod för att uppnå samma resultat är att lägga till inskränkande lokutioner. Exempel på det återfinns i NJA 1984 s. 733. Fallet rörde fel i fastighet och huruvida en tidigare dom om fel i den aktuella fastigheten utgjorde hinder mot prövning av nyupptäckta fel. Fallets prejudikatverkningar begränsades av att domstolen använder formuleringen att frågan får bedömas utifrån *omständigheterna i det särskilda fallet*.¹²⁰

En vanlig medelvägslösning som HD använder sig av är att etablera praxis utifrån en *gradvis förändring*. I NJA 1972 s. 253 fastslogs tidpunkten för fullbordad butiksstöld i självbetjäningsbutiker till när varan förts ut från butiken, eller ifråga om varhus med klart avgränsade avdelningar, ut från avdelningen. Domstolen uttryckte särskilt att regeln formulerades utifrån den gradvisa förändring som ägt rum i praxis. Förarbetena till brottsbalken

¹¹⁶ Bernitz m.fl. a.a. s. 141.

¹¹⁷ Bergholtz 1987 a.a. s. 399; Bernitz m.fl. a.a. s. 141.

¹¹⁸ Peczenik Vad är rätt? a.a. s. 236.

¹¹⁹ Peczenik Vad är rätt? a.a. s. 236.

¹²⁰ Peczenik Vad är rätt? a.a. s. 237.

(1962:700) (BrB) utgick inte ifrån självbetjäningbutiker, eftersom dessa blev vanliga först efter lagens tillkomst och rättsutvecklingen hade därför skett genom en gradvis förändring i praxis. I avgörandet anger HD att ett steg i förändringen togs i NJA 1965 s. 398, vari passeringen av kassaspärren angavs som fullbordandetidpunkt och ett annat i NJA 1964 s. 97, som rörde varuhus med flera avdelningar, där avlägsnandet från avdelningen innebar fullbordan.

Genom att i flera prejudikat formulera flera domskäl som sedda separat är mera kasuistiska, men sammantaget ger ett principiellt uttryck avseende den prejudikatregel HD vill etablera, minskas risken för att prejudikaten får för stort tillämpningsområde, samtidigt som de ändå är en del i att utveckla en vidare rättsprincip. En annan variant av samma gradvisa etablering är att HD i ett första prejudikat formulerar en vid principiell prejudikatregel, och att domstolen sedan i efterföljande avgöranden preciserar och begränsar regeln genom att bryta ned den.¹²¹

¹²¹ Bernitz m.fl. a.a. s. 142.

5 Prejudikattolkning och prejudikatfaktorer

Utgångspunkten för den fortsatta framställningen är de uttalanden i den modernare doktrinen, som menar att prejudikattolkningen är legitim, även om det saknas en enhetlig prejudikatlära, så länge samma typ av prejudikat tolkas lika.¹²²

Kapitlet behandlar sju olika prejudikatfaktorer som kommer att presenteras och definieras separat. Indelningen är gjord av pedagogiska skäl och ska inte förstås som att ett och samma prejudikat inte kan påverkas av flera prejudikatfaktorer samtidigt.

5.1 Knapphändiga domskäl

Den första prejudikatfaktorn är *knapphändiga domskäl*. Med knapphändiga förstås att domskälen inte ger en tillräcklig motivering för domslutet. Den knappa motiveringen kan ta sig uttryck på olika sätt: domskälen kan vara för kortfattade, de kan förutsätta outtalade omständigheter, eller innehålla bristfälliga hänvisningar. Typen av knapphändighet påverkar vilken inverkan den har på prejudikattolkningen.

Att avgöranden är knapphändiga kan bero på flera anledningar: tidsbrist, domaren saknar förmåga att uttrycka skälen bakom domslutet, domaren vill inte uttrycka sig för explicit och binda efterkommande domare vid sitt resonemang etc. Även om knapphändiga domskäl i regel innebär att domen blir mera svårtolkad kan det sålunda ändå, finnas legitima skäl till att de är knapphändiga.¹²³

Att domskälen är knapphändiga är väldigt nära förankrat med att de är *kortfattade*. Kortfattade domskäl är dock inte av nödvändighet knapphändiga. En regel är enklare att både tillämpa och förstå när den består endast av några få satser och att antalet rättsfakta ökar har som huvudregel en begränsande inverkan på en prejudikatregels tillämpningsområde. Något förenklat kan det formuleras som att ett kortfattat domskäl är knapphändigt först när det rör sig om en komplicerad rättsfråga. En kort motivering till en komplicerad fråga lämnar generellt uttolkaren med aspekter av frågan som domstolen inte behandlat. Har en fråga behandlats för kortfattat för att den sakliga tyngden bakom domstolens motivering ska kunna utläsas har det en prejudikatvärdesänkande inverkan på avgörandet.¹²⁴

¹²² Westberg 2000 a.a. s. 584; Heuman 2007 a.a. s. 593-595.

¹²³ Peczenik 1980 a.a. s. 130.

¹²⁴ Bernitz m.fl. a.a. s. 157; Heuman 2007 a.a. s. 595.

Heuman har ingående behandlat frågan om tolkningen av moderna HD prejudikat som är kortfattade. Han delar upp ett prejudikat i tre delar: den abstrakta rättsregeln, regelns motivering samt tillämpningen av regeln i det konkreta fallet (tredje delen behandlas nedan 5.4). Heuman menar att vad gäller den abstrakta rättsregeln är utgångspunkten att det är bra om den är abstrakt och kortfattad eftersom det ger regeln stor generaliserbarhet. Risken som alltid med rättsregler som kan utstå omfattande generaliseringar är att tillämpningsområdet blir för vitt. En korrekt tolkning måste beakta att en kort rättsregel med en orakelmässig formulering kan dölja krav om ej uttalade extra rättsfakta, tilläggsvillkor etc. som kommer att begränsa regelns användningsområde i framtiden. En tumregel för tolkning av dylika enkla prejudikatregler är att *om det inom den uttalade knapphändiga regeln ryms olika outtalade preciserade regler, bör dessa beaktas vid tolkningen av regeln*. Till denna domstyp räknas även knapphändiga domskäl i bemärkelsen att det förvisso har gjorts en inskränkning, men att den är ospecificerad, såsom hänförligt till ”särskilda skäl”, eller andra oformulerade inskränkningar.¹²⁵

Den andra delen, motiveringen bakom prejudikatregeln, kan också vara knapphändig. En princip som har upprätthållits i praxis är att *en etablerad och grundläggande rättsprincip inte kan åsidosättas av ett enskilt efterföljande prejudikat där mycket kortfattade domskäl indikerar att rättsprincipen inte tillämpats*.¹²⁶

Exempel på att en grundläggande rättsprincip inte kan åsidosättas utan vidare motivering finns i NJA 2004 s. 19, vari domstolen inte tillämpade den grundläggande principen om *jura novit curia*. Fallet rörde fråga om upphovsrättsintrång och frågan var om en golvskena skyddades av lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (UL). Käranden hade endast åberopat 1 § andra stycket UL, som endast berör litterära verk. En alternativ grund skulle kunna ha funnits i samma lagrumms första stycke som talar om både litterära och konstnärliga verk. Enligt principen om *jura novit curia*, skulle det inte spela någon roll att käranden endast åberopat en av två tillämpliga rättsregler; HD har ändå en skyldighet att pröva båda. HD gjorde dock endast bedömningen utifrån litterära verk och angav kort i domskälen att käranden uttryckligen endast hänfört talan till bestämmelsens andra stycke och att frågan om upphovsrätt förelåg i egenskap av konstnärligt verk därför inte kunde prövas.¹²⁷

Även om HD inte tillämpade *jura novit curia* i NJA 2004 s. 19 innebar inte avgörandet att principen övergavs eller inskränktes. Principen om *jura novit curia* äger oförändrad tillämpning i såväl HD som rättssystemet i övrigt. Prejudikatet stödjer sålunda tolkningsidén om att en grundläggande rättsprincip inte åsidosätts utan utförligare motivering i ett enskilt prejudikat.¹²⁸

¹²⁵ Heuman 2007 a.a. s. 596-597.

¹²⁶ Heuman 2007 a.a. s. 596-597.

¹²⁷ Heuman 2006 a.a. s. 105-107.

¹²⁸ Heuman 2006 a.a. s. 105-107.

Enligt Heuman finns det här en möjlighet att *helt fränkänna avgörandet prejudikatvärde* och fortsätta att tolka utifrån den tidigare etablerade principen eller prejudikatregeln. Det går att bortse från prejudikatet dels då rättsprincipen inte uppmärksammats p.g.a. ett *misstag* från HD:s sida, dels då avgörandet går *klart* i strid med en etablerad rättsprincip. Vid bedömningen avseende huruvida prejudikatet ska anses klart stå i strid med en etablerad rättsprincip menar Heuman att just huruvida domskälen är knapphändiga, i bemärkelsen att det saknas en tillräcklig motivering bakom HD:s beslut att inte beakta rättsprincipen, får betydelse.¹²⁹

5.1.1 Prejudikatverkan och tolkning av ej uttalade omständigheter

En dom kan verka knapphändig eftersom domstolen utgått ifrån förhållanden vilka inte explicit angivits i domen, s.k. konstruerade ratio decidendi. Anledningarna varför domstolen inte fullt ut angivit alla omständigheter bakom domslutet kan variera. Majoriteten behöver inte ha varit helt klar över sin motivering, eller så kan avgörandet ha varit en del i en stegvis reglering av praxis och det var inte tillfälle ännu att klart bryta med rådande rättsläge.¹³⁰

Ett inledande problem med att tolka prejudikat som bygger på outtalade omständigheter är att det inte är helt klart huruvida de outtalade omständigheterna även omfattas av domens prejudikatverkan och verkligen utgör nödvändiga förutsättningar för prejudikatets giltighet. Enligt de traditionella tolkningsprinciperna om konstruerade ratio decidendi är de en naturlig del av prejudikatet, och rättsregeln gäller endast om dessa outtalade delar är uppfyllda. Det finns dock flera argument mot att prejudikatregeln skulle tillåtas vara beroende av dem: Allmänheten kan ha inrättat sig efter kraven så som de är formulerade i prejudikatet, det går också emot tanken om den objektiva tolkningsmetoden, och att det är de allmänt tillgängliga förutsättningarna som ska grunda domslutet och utgöra prejudikatregeln.¹³¹

Tolkningen försvåras även av outtalade omständigheter eftersom det blir uttolkarens uppgift att identifiera och formulera dem. De traditionella principerna för rättsfallstolkning blir i sådana fall otillräckliga, *uttolkaren måste tillåta sig att begagna en aktiv tolkningsmetod*, med konstruktiv eller destruktiv riktning beroende på vad tolkaren vill uppnå.

NJA 1953 s. 56 rörde huruvida föreståndaren för ett försäljningskontor hade ställningsfullmakt att ingå bindande inköpsavtal för sin arbetsgivare. I HovR:s dom, vilken fastställdes av HD, ansågs föreståndaren sakna dylik ställningsfullmakt. Skiljaktiga i HD menade att föreståndaren skulle anses ha ställningsfullmakt eftersom det utåt inte fanns något som antydde att kontoret enbart ägnade sig åt försäljning. HD har i sitt domslut utgått från någon

¹²⁹ Heuman 2006 a.a. s. 107.

¹³⁰ Fleischer 1981 a.a. s. 182; Hellner 1994 a.a. s. 101.

¹³¹ Fleischer 1981 a.a. s. 182-183.

av två uttalade omständigheter: Antingen har HD, tvärtemot minoriteten, ansett att det framgick att det endast var ett försäljningskontor, och föreståndaren därför saknade ställningsfullmakt, eller så har domstolen menat att det var utan betydelse för fullmakten huruvida det framgick eller inte. Vilken av dessa uttalade omständigheter HD utgått ifrån går inte att utläsa ur domen.¹³²

Även om doktrinen har olika uppfattningar avseende vilken av de uttalade omständigheterna fallet ska anses bygga på, har samtliga åsikter lika mycket stöd i domskälen. Vill uttolkaren använda ett prejudikat vars prejudikatregel bygger på uttalade faktiska omständigheter krävs sålunda i regel vid kunskap om rättsläget, domstolens skrivsätt och såväl språklig som juridisk intuition. Att endast förlita sig på domskälen är inte tillräckligt.¹³³

5.1.2 Knapphändiga hänvisningar

Ett HD-referat innehåller inte sällan hänvisningar till uttalanden gjorda av parterna, underinstanserna, andra avgöranden, eller till doktrinen. Oklarheter kopplade till att dechiffrera dessa hänvisningar kan ofta försvåra tolkningen. *Utgångspunkten är att om inte hänvisningen görs genom ett direkt citat, måste källan studeras noga.* Sedan 2004 förekommer även hänvisningar efter referatet till litteratur, doktrin, praxis etc. dessa hänvisningar är inte av samma betydelse som sådant som tagits in i själva referatet.¹³⁴

Det förekommer att HD hänvisar direkt till *parternas argumentation* och på så vis inkorporerar dessa i domskälen. Dyliga hänvisningar är sällan tillräckligt tydliga med att uttrycka vad som omfattas av hänvisningen: Vad hänvisas till exakt och hur mycket av det är tänkt att vara en del av prejudikatregeln? Samma problematik förekommer ofta när HD *fastställer HovR:s domslut*. I dessa fall fastställs inte domen i sin helhet utan endast domslutet. HD kan dock låta delar av HovR:s domskäl bestå och bara göra korrigerande justeringar. Vad av HovR:s domskäl som ska bli en del av prejudikatregeln kan då vara svårt att utläsa. För att kunna tolka domskäl med hänvisningar blir det nödvändigt att ställa samman relevanta delar från de olika källor HD hänvisar till för att sedan fastslå vad som varit avgörande för utgången.¹³⁵

Det är betydelsefullt att skilja hänvisningar från när HD *använder resonemang från parterna eller underinstanser i sina domskäl*. I dessa fall bör prejudikattolkningen ske utifrån HD:s domskäl såsom HD återgivit resonemangen. Utan hänvisningar kan datan i original endast användas som hjälpfakta.¹³⁶

¹³² Hellner 1994 a.a. s. 101-102.

¹³³ Hellner 1994 a.a. s. 101-102.

¹³⁴ Bernitz m.fl. a.a. s. 154.

¹³⁵ Bernitz m.fl. a.a. s. 153; Hellner 1994 a.a. s. 99; Zahle a.a. s. 49-50; Lehrberg a.a. s. 161.

¹³⁶ Bernitz m.fl. a.a. s. 153; Westberg 2000 a.a. s. 598; Eek m.fl. a.a. s. 69.

Hänvisningar till doktrinen bör förstås olika beroende på vad det är för typ av litteratur. Vid en praxisöversikt utan särskilt mycket analys bör tolkningen utgå ifrån att de åsyftade referaten spelat roll för domskälen, samtidigt bör tolkningen kunna utgå ifrån att praxis som inte finns med i sammanställningen i den hänvisade litteraturen inte omfattas av vad HD beaktat vid bedömningen. Hänvisar HD istället till en mera analytisk framställning ur rättsvetenskapen bör tolkningen utgå ifrån att HD tagit intryck av de åsikter författaren ifråga framhåller, snarare än eventuella rättsfall som hänvisas till.¹³⁷

En annan typ av tolkningsproblem vid knapphändiga hänvisningar kan följa av *hänvisningstermen*. Inte sällan används *jfr* (jämför) för att hänvisa till exempelvis andra avgöranden. Termen används dock något dubbeltydigt och är därför svårtolkad. Stundom används *jfr* för att hänvisa till en rättskälla som bedömt frågan på ett *annat sätt* än HD, vilket skulle kunna motivera slutsatser om att ett motsatsförhållande rådde gentemot det hänvisade prejudikatet. Hänvisningen skulle då kunna tjäna till syfte att illustrera skillnader vid prejudikattolkningen. *Jfr* används dock även som en hänvisning till *likartade* rättsfall, vari domstolen gjort liknande bedömningar. I dessa fall saknas det i allmänhet förutsättningar att dra motsatsslut eller andra slutsatser utifrån det hänvisade materialet.¹³⁸

5.1.3 Konstruktiv tolkning av knapphändiga domskäl

Om domskälen är knapphändiga är det givetvis lockande att tolka dem extensivt och aktivt konstruktivt för att fylla luckorna. Doktrinen har dock inte någon enad uppfattning om huruvida konstruktiv tolkning är en lämplig lösning för att hantera knapphändiga domskäl. Åsikterna att det är viktigt att vara försiktig, att det inte finns någon rätt för uttolkaren att lägga ord i HD:s mun och att det finns gränser för hur långt prejudikattolkningen kan drivas har framförts.¹³⁹

Mot detta har sagts att det är just när domskälen är för knapphändiga som extensiv konstruktiv tolkning kan vara rättfärdigad, eftersom det kan vara just vad som behövs för att göra ett annars bristfälligt prejudikat användbart. Lars Hjerner stödjer en något äldre åsikt som bygger på att hur aktivt ett prejudikat ska tolkas beror från fall till fall men alltid så långt att inre motståndningar eller samband tydliggörs. Uppfattningen talar för en mera tillåtande tolkning vid knapphändiga domskäl.¹⁴⁰

¹³⁷ Heuman 2007 a.a. s. 595.

¹³⁸ Heuman 2007 a.a. s. 595; jfr Bernitz m.fl. a.a. s. 155.

¹³⁹ Heuman 2007 a.a. s. 616; Westberg 2000 a.a. s. 586-587.

¹⁴⁰ Hjerner a.a. s. 50; Heuman 2006 a.a. s. 95.

5.2 Överflödiga domskäl

Den andra prejudikatfaktorn är *överflödiga* domskäl. En uppfattning som förekommer i doktrinen är att ju *utförligare* domskäl desto bättre. Åsikten kan ha sitt ursprung i resonemang om att utförliga domskäl ökar pålitligheten eller att HD:s nuvarande, mera utförliga stil är att föredra framför tidigare domskrivningssätt.¹⁴¹ Andra argument är att skrivandet har en självkontrollerande funktion och det kan förenkla prejudikattolkningen, i bemärkelsen att det är enklare att bedöma domen och hur stort utrymme den ska ges, om domstolen givit en utförlig förklaring till sitt ställningstagande.¹⁴²

Frågan kan dock problematiseras. Utförliga domskäl blir lätt överflödiga, vilket i regel också försvårar tolkningen. Det genomgående problemet med överflödiga domskäl är att det blir svårt att utläsa *vilken vikt som ska fästas vid de olika delarna* och *vilka delar som är relevanta ur prejudikathänseende*. Oavsett om utgångspunkten för tolkningen är att jämföra likheter eller formulera en prejudikatregel gäller att ju fler moment domaren lägger fram för sitt ställningstagande, desto fler rensningar krävs bland argumenten för att komma åt *ratio decidendi* eller den generaliserbara regeln.¹⁴³

Överflödigt detaljrikedom får lätt en inskränkande verkan på ett prejudikats betydelse eftersom det skapar en osäkerhet huruvida detaljerna är en del av prejudikatregeln/*ratio decidendi* eller inte. En restriktiv tolkning, där uttolkaren vill vara säker på att utgå från det korrekta rättsläget, tenderar att inte utesluta detaljer utan istället ge prejudikatet ett smalt användningsområde. Den öppna och utförliga domskrivningsstil som kom i och med att HD tog på sig ett ökat ansvar som prejudikatinstans har paradoxalt nog delvis fått den omvända effekten att användningsområdet för domstolens prejudikat begränsats.¹⁴⁴

Heuman menar att den här utförligare domskrivningsstilen påverkar hur modern prejudikattolkning bör genomföras. Det blir inte längre tal om att generalisera någon prejudikatregel, det arbetet har HD redan gjort och utrymmet för någon mera extensiv prejudikattolkning är därför mycket begränsat.¹⁴⁵

5.2.1 Överflödiga principiella diskussioner – tolkning av *obiter dicta*

Lehrberg anser att uttalanden, eller rättsatser som inte används för att motivera domslutet, *obiter dicta*, inte bör ges större betydelse ur tolkningshänse-

¹⁴¹ Peczenik 1980 a.a. s. 128; Westberg 2000 a.a. s. 596; Heuman 2007 a.a. s. 594.

¹⁴² Heuman 2007 a.a. s. 594; Strömholm 1982 a.a. s. 663-664; Strömholm En svensk prejudikatlära a.a. s. 933.

¹⁴³ Strömholm En svensk prejudikatlära a.a. s. 933-934.

¹⁴⁴ Strömholm En svensk prejudikatlära a.a. s. 934.

¹⁴⁵ Heuman 1992 a.a. s. 208-209.

ende än uttalanden från rättsvetenskapen. Åsikten har sannolikt tämligen vitt stöd i doktrinen.¹⁴⁶

Det finns flera exempel ur praxis på hur HD själv ansett sig ha rätt att frångå obiter dicta. Ett exempel är NJA 1986 s. 83 och NJA 1993 s. 324. 1986 års fall var ett gåvoskattemål vari HD, som ett led i sin motivering angav att dold äganderätt till fast egendom torde kunna överlåtas till någon annan, och vid bedömningen om överlåtelsen var giltig, borde fastighetsrättens formkrav iakttas. I NJA 1993 s. 324 kom frågan om överlåtelse av dold äganderätt till fastighet upp för bedömning som en del av huvudfrågan. HD angav att det tidigare uttalandet endast var att betrakta som ett obiter dictum och valde en annan riktning än den föreslagna. Ett annat exempel är NJA 1991 s. 363 vari det uppmärksammades att domstolen i ett tidigare avgörande, NJA 1987 s. 780 gjort obiter dicta-uttalanden avseende den fråga, huruvida försäkringsrätts dom utgjorde exekutionstitel, som nu var uppe till bedömning. HD angav att uttalandet endast hade utgjort ett obiter dictum och genomförde bedömningen förutsättningslöst.¹⁴⁷

Huvudproblematiken kring obiter dicta ligger dock inte i att veta hur det ska hanteras när det väl är identifierat, utan i att *urskilja vilka uttalanden som är obiter dicta*. Principiella diskussioner som inte är nödvändiga för utgången i målet förekommer i många olika skepnader. Ett vanligt fenomen är att HD ger utförliga redogörelser för förarbetsuttalanden utan att närmare ange vilken betydelse formuleringarna har för domslutet. Görs ingen närmare avgränsning är det ofta mycket svårt att tolka vilka delar som utgör betydelsefulla delar av prejudikatregeln/ratio decidendi och vilka som endast utgör förtydliganden eller sätt för HD att visa att domstolen beaktat motiven. Att skilja överflödiga domskäl från nödvändiga, finns det dock som sagt ingen tumregel för. Det kräver stor kunskap om hur HD brukar formulera sig i allmänhet och det aktuella rättsområdet i synnerhet. Vad gäller extensiva, konstruktiva tolkningsoperationer förordas försiktighet. Bedömningen får i slutändan göras från fall till fall.¹⁴⁸

5.2.2 Överflödiga ratio decidendi

En annan aspekt av överflödiga domskäl är hur tolkningen påverkas av att domstolen angivit fler anledningar, ratio decidendi, för domslutet än endast minimiförutsättningarna. Vad som menas med att endast ange minimiförutsättningarna är att samtliga angivna överväganden var nödvändiga för utgången i målet. Har övervägandena X och Y gjorts, men samtliga är nödvändiga för att nå domslutet, föreligger bara ett ratio decidendi. Om X och Y *var för sig kan vara tillräckliga för att nå domslutet*, föreligger flera ratio decidendi.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Lehrberg a.a. s. 170-171.

¹⁴⁷ Gregow 2002 a.a. s. 121-122.

¹⁴⁸ Heuman 2007 a.a. s. 594.

¹⁴⁹ Fleischer 1981 a.a. s. 195.

Anledningarna varför domstolen väljer att kumulera ratio decidendi och gömma domslutets minimiförutsättningar varierar. Det kan vara att domstolen inte vill precisera sin ståndpunkt, eller att HD vill visa att avgörandet är extra väl underbyggt. Det har också sagts att det är dagens motsvarighet till hattar och används när HD inte kan komma överens.¹⁵⁰

Fenomenet är tämligen vanligt och det väcker flera problem. Initialt kan det som alltid vara svårt att avgöra huruvida det är tal om ett sammansatt ratio decidendi eller flera separata. En utgångspunkt för bedömningen är dock att det krävs att båda övervägandena, X och Y, de facto blivit anförda. Ett exempel är att HD anger att domstolen väljer att gå på övervägande X som även skrivs ut i domskälen, samtidigt nämner HD att det finns en annan möjlighet: övervägande Y, men att det inte kommer att behandlas närmare. Y blir då i regel bara obiter dictum och endast ett ratio decidendi, övervägande X, föreligger.¹⁵¹

Har flera ratio decidendi anförts ger det normalt prejudikatet minskat värde i en senare situation där bara ett av övervägandena aktualiseras, jämfört med om prejudikatet endast hade angivit ett av dem. De överflödiga ratio decidendi innebär normalt en möjlighet till inskränkning i det senare målet, vilket motiverar en något mera restriktiv tolkning.¹⁵²

Överflödiga ratio decidendi öppnar även upp en möjlighet för motsatstolkning. Finns möjligheten att utgå från både motiveringarna X och Y, men domstolen väljer att endast motivera utifrån X och inte använda sig av den överflödiga motiveringen Y, kan det ge utrymme för motsatstolkningen att Y inte är en tillräcklig grund för domslutet. Den här slutsatsen kan helt säkert dras då Y hade lett till att domslutet gått i motsatt riktning. Prejudikatet går i dessa fall att tolka som att Y inte gäller i alla fall då X är uppfyllt, eftersom om Y gällt hade domslutet blivit ett annat.¹⁵³

5.2.3 Särskilda yttranden

En annan typ av överflödigt domskäl är *särskilda yttranden*. Ett särskilt yttrande är en utveckling eller fördjupning av argument som mera kortfattat presenterats i domskälen. Justitierådet som formulerar det särskilda yttrandet står bakom domslutet ifråga men vill fördjupa resonemanget. Avsikterna med ett särskilt yttrande varierar från att vidareutveckla syftet och värderingarna bakom domslutet, till att komplettera en dom som endast består av en fastställelse av en underinstans dom. De kan också fungera som en direkt uppmaning till lagstiftaren, eller utgöra personliga deklARATIONER i syfte att försvara ett domslut eller markera en olust att följa avgörandet.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Thornstedt a.a. s. 19-20; Bernitz m.fl. a.a. s. 152; Fleischer 1981 a.a. s. 194.

¹⁵¹ Thornstedt a.a. s. 19-20; Bernitz m.fl. a.a. s. 152; Fleischer 1981 a.a. s. 194.

¹⁵² Fleischer 1981 a.a. s. 194.

¹⁵³ Fleischer 1981 a.a. s. 195.

¹⁵⁴ Knutsson, Anders: "Om särskilda yttranden i HD". I: *Festskrift till Bertil Bengtsson*, Stockholm, 1993, s. 271-279; Lehrberg a.a. s. 162.

De särskilda yttranden kan bidra till tolkningen av domstolens avgöranden, och användas för att ytterligare belysa de rättsfrågor som behandlas i domskälen. De är dock inte styrande såsom domskälen och kan frångås eller ignoreras utan plenum eller distinguishing. Dess prejudikatbetydelse är sålunda alltid underställd domskälen. Vilken tyngd ett särskilt yttrande har beror enligt doktrinen till viss del på om samtliga justitieråd ställt sig bakom det, eller om det endast är en enskild domares mening. Hur många som står bakom yttrandet kan framgå ur hur det är formulerat: att uttalandet gjorts *för egen del* eller dylikt, är en klar indikator på yttrandet inte ger uttryck för allas åsikt. Saknas dylik begränsning menar Anders Knutsson dock att uttolkaren har rätt att anta att inget råd bestämt har tagit avstånd från yttrandet. Oavsett om övriga justitieråd har ställt sig bakom det särskilda yttrandet eller inte, kan tolkningen utgå ifrån att de känt till de frågor som diskuteras däri, och beaktat yttrandet när domskälen skrevs.¹⁵⁵

Det finns flera exempel ur praxis på hur tolkningen underlättas med hjälp av särskilda yttranden. I NJA 1988 s. 396 var en kommun ansvarig för skada på en privatpersons bil. Frågan i fallet rörde kommunens eventuella skadeståndsskyldighet för förlorad trafikförsäkringsbonus i och med den uppkomna skadan. Talan ogillades. Det särskilda yttrandet förklarade ingående svårigheterna med att bevilja ersättning för förlorade försäkringsbonusar i allmänhet och vid trafikskador i synnerhet. Ett annat exempel är NJA 1986 s. 712 som rörde skadeståndsansvar för tillverkare av säkerhetsanordningen till en kran som vält vid en hamn. Tillverkaren ansågs skadeståndsskyldig obeaktat svarandens invändning att kontrollen av säkerhetsanordningen ankommit på annan än tillverkaren själv. Det särskilda yttrandet var i domen inriktat på att förklarar varför argument som svaranden framfört avseende produktansvar, vilka hade visst stöd i doktrinen, inte vunnit gehör hos domstolen.

5.3 Kasuistiska domskäl

Kasuistiska prejudikat är i grunden en självmotsägelse. Tanken med prejudikatet är att det ska vara vägledande för rättstillämpningen. En del av dess idé är därför att de ska vara generaliserbara, och möjliga att applicera på olika typer av situationer. Kasuistiska domskäl innebär att avgörandet knyts väldigt nära omständigheterna i det förevarande fallet. Prejudikatregeln i ett kasuistiskt domskäl knyts så nära omständigheterna i prejudikatet, antingen genom att prejudikatregeln ges så många, eller så situationsspecifika rekvisit att det är sannolikt att prejudikatregeln aldrig kommer att användas igen. Prejudikatet blir ett typfall. Samma effekt nås genom lokutioner som ”omständigheterna i övrigt”. Ett exempel på inverkan av begränsande lokutioner är det ovan berörda NJA 1984 s. 733 avseende fel i fastighet, där en stor del av prejudikatnyttan försvann i och med att bedömningen gjordes beroende av omständigheterna i det särskilda fallet.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Knutsson a.a. s. 282-283; Melander a.a. s. 186.

¹⁵⁶ Peczenik Vad är rätt? a.a. s. 237.

NJA 1951 s. 1, NJA 1975 s. 280 och NJA 1989 s. 215 är illustrativa exempel på hur kasuistiska prejudikat kan skapa osäkerhet. Samtliga fall rörde frågan om köparen eller säljaren ska ha bevisbördan för avtalat pris. I det första avgörandet, tvistade parterna om huruvida avtal träffats om ett fast pris. HD uttalade sig enkelt och principiellt och menade att bevisbördan för att avtal om bestämt pris ingåtts låg på säljaren. I 1975 års mål uttalade domstolen att det var vanskligt att generellt ange vem som ska ha bevisbördan för vilket som är det överenskomna priset och att domstolen därför endast uttalade sig om den förevarande situationen, som var näringsidkare mot konsument. Bevisbördan lades i fallet på näringsidkaren. I NJA 1989 s. 215, som avsåg frågan om avtalat pris för bokföringsarbeten åt en fastighetsägare, ändrade HD uppfattning och lade bevisbördan på beställaren. I det här fallet lades stor vikt vid att det rörde bokföringsarbeten vari avtal om fast pris var mycket ovanligt och det var svårt att på förhand avgöra omfattningen av arbetet.

Istället för att bryta med de principiella ställningstaganden som gjordes i NJA 1951 s. 1 gjordes inskränkningar relaterade till omständigheterna i det enskilda fallet, såsom uppdragstypen och partsförhållandena. Avgörandena ledde till ett mera osäkert rättsläge eftersom det var svårt att uttolka om inskränkningarna innebar en indirekt brytning och att fortsatta inskränkningar var att vänta, eller om det här var två specialfall men att regeln i övrigt var intakt.¹⁵⁷

I och med avgörandena NJA 2005 s. 205 och NJA 2001 s. 177 har rättsläget ifråga om bevisbördan för avtalat fast pris klarlagts (se vidare nedan 5.5.1 och 5.7), och de tre prejudikaten, NJA 1951 s. 1, NJA 1975 s. 280, NJA 1989 s. 215 har sålunda förlorat stora delar av sin betydelse. De fungerar dock fortfarande som illustrativa exempel på tolkningsproblematiken kopplad till kasuistiska avgöranden.

Utgångspunkten är att HD i egenskap av prejudikatinstans inte kan tillåta sig att fylla prejudikatregeln med rättsfakta som gör att regeln aldrig kommer att aktualiseras igen. Prejudikatsyftet går helt förlorat. Som ska visas nedan, kan dock omständigheterna rättfärdiga att domskälen har vissa kasuistiska drag.¹⁵⁸

5.3.1 Tolkning av ett enskilt kasuistiskt prejudikat

Två motstående förhållningssätt till tolkning av domskäl som är nära förankrade till omständigheterna i fallet förekommer i doktrinen. Den ena utgår ifrån att bara för att domstolen inte har angivit några principiella ställningstaganden, innebär inte det att principiella överväganden inte har gjorts. Det finns sålunda ingenting som hindrar att en mera konstruktiv tolkning

¹⁵⁷ Peczenik Vad är rätt? a.a. s. 236-237; Heuman 1992 a.a. s. 213-222.

¹⁵⁸ Bergholtz 1987 a.a. s. 399.

genomförs för att söka reda på de grundläggande värderingarna bakom domstolens inställning.¹⁵⁹

Den andra åsikten innebär att avsaknaden av det principiella ställningstagandet, är det principiella ställningstagandet. Konstruktiva tolkningar för att förstå bakomliggande överväganden tenderar att leda till ett övertolkande, som i senare avgöranden avvisas av HD. Vad HD vill ge uttryck för när ett prejudikat hanteras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet är just att det inte går att ange någon mera principiell lösning på frågan, utan lösningen finns i omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁶⁰

Hjerner menar att möjligheterna att extensivt eller konstruktivt tolka domskäl som bygger på uppräknade och specificerade fakta borde vara mindre än vid generella domskäl eftersom de förra sannolikt är resultatet av ett mera övervägt ställningstagande. Just risken att övertolka kasuistiska uttalanden från HD har även understrukits från annat håll.¹⁶¹

5.3.2 Kasuistiska formuleringar och lagtext som utgår från en bedömning från fall till fall

Mera kasuistiska domskäl behöver inte vara utan prejudikatbetydelse. Vid lagtext som utgör generalklausuler, portalparagrafer eller liknande kan de tvärtom vara av stor vikt för att exemplifiera och precisera lagregeln. Prejudikaten illustrerar då hur lagen har använts i ett konkret fall.¹⁶²

Exempel på nyttan kasuistiska prejudikat kan spela för förståelsen av ett lagrum går att hitta i föräldrabalken (1949:381) (FB) 6 kap. 2a § *portalparagrafen om barnets bästa*, eller lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 36 §, *generalklausulen för oskäliga avtalsvillkor*. Lagstiftaren har valt denna typ av allmänna regler för att ge utrymme att beakta omständigheterna i det enskilda fallet eftersom möjligheten att ge mera precisa riktlinjer har ansetts vara begränsad. När lagrummen ska preciseras i praxis kan därför inte HD förväntas formulera den allmänna rättsregel lagstiftaren inte var kapabel att skapa. Istället fungerar HD:s avgöranden som preciseringar kring vilka omständigheter som ska beaktas och hur stor betydelse de ska ha. Även om HD kan uttrycka sig abstrakt, eller formulera mera generella principer landar bedömningen i överväganden utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Olika varianter av kasuistiska formuleringar är här det bästa prejudikatet kan ge.¹⁶³

¹⁵⁹ Bernitz m.fl. a.a. s. 144.

¹⁶⁰ Heuman 1992 a.a. s. 202-205.

¹⁶¹ Hjerner a.a. s. 49; Heuman 2005 a.a. s. 776-777.

¹⁶² Hjerner a.a. s. 11.

¹⁶³ Westberg 2000 a.a. s. 597; Lehrberg a.a. s. 138; Bernitz m.fl. a.a. s. 144-145; Heuman 1992 a.a. s. 206-207.

NJA 1998 s. 675 rörde bedömningen om barnets bästa i FB och överflyttningen av vårdnaden när modern hindrat fadern från att utöva umgängesrätt med deras tre och ett halvt år gamla son. HD inledde med att poängtera att avgörande är barnets bästa och att en bedömning måste göras i varje enskilt fall. Därefter framhölls fördelar med att tilldela fadern vårdnaden: han skulle sörja väl för barnets materiella och immateriella behov och han var inställd på att låta barnet och modern få god kontakt med varandra. Dessa argument tillmättes betydelse men underställdes barnets behov av stabilitet och kontinuitet och den fullständiga omvälvning det skulle innebära i barnets liv att flytta till sin far som han inte träffat sedan han var spädbarn. Modern fick behålla vårdnaden. Fallet illustrerar att även om argumentationen är kasuistisk går det att utläsa vad som är relevant att beakta, och vilka argument som är överställda andra.

Bristen i kasuistiska prejudikat är att de endast illustrerar typfall. Det är inte möjligt att generalisera någon rättsregel ur avgörandet och det finns inga garantier för att nya faktorer inte kommer leda till att bedömningen görs annorlunda i ett senare avgörande. Den begränsade möjligheten att göra motsatslut gör sig här gällande: att en faktor inte omnämnts i ett prejudikat innebär *inte* att den kan tolkas såsom betydelselös.¹⁶⁴

Denna typ av prejudikat blir därför betydelsefulla först sedda tillsammans med andra kasuistiska prejudikat som behandlar samma lagrum. Det är inte rimligt att förvänta sig att HD ska kunna formulera och precisera samtliga relevanta aspekter av en generalklausul eller portalparagraf i ett enskilt avgörande. Utifrån flera kasuistiska prejudikat, uttolkade tillsammans kan dock ofta en värdehierarki identifieras, och mera generella slutsatser göras. Även om säkerheten ökar med antalet avgöranden, försvinner aldrig möjligheten att avgörandet kommer att bli annorlunda i nästa fall där förutsättningarna är annorlunda. Osäkerheten ligger i typfallsprejudikatets natur.¹⁶⁵

5.4 Felaktiga prejudikat¹⁶⁶

Det kan vara svårt att säga huruvida ett avgörande är feldömt eller om det bara ger uttryck för en ny inställning i praxis. Utifrån synen på prejudikatet som en orienteringskarta, kan ett prejudikat som inte stämmer med rådande rättsläge vara en anvisning om vilken riktning HD vill ta. Det har dock förekommit att HD begått misstag, gjort felbedömningar eller avgjort ett fall på felaktiga premisser, utan att det är hänförligt till att HD vill lägga om sin praxis.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Fleischer 1981 a.a. s. 188; Bernitz m.fl. a.a. s. 144-145; Heuman 1992 a.a. s. 206.

¹⁶⁵ Fleischer 1981 a.a. s. 188; Bernitz m.fl. a.a. s. 144-145; Heuman 1992 a.a. s. 206.

¹⁶⁶ Huruvida ”felaktiga prejudikat” är ett lämpligt samlingsnamn på den aktuella prejudikatfaktorn, är osäkert. Jag har valt att använda termen då den återkommande används i den doktrin som utgör det huvudsakliga underlaget för avsnittet. Jfr exv: Heuman 2006 a.a.; Fleischer 1981 a.a. s. 183.

¹⁶⁷ Heuman 2006 a.a. s. 99.

Vid uttolkningen av vad HD menat med *ett enskilt prejudikat* utgörs grunden för tolkningen av hur HD uppfattat omständigheterna i fallet eller rättsläget. Det följer av att prejudikatet enligt en objektiv tolkningsmetod ska förstås såsom det är skrivet. Det förekommer att HD i prejudikat kommenterar hur äldre praxis bör förstås. I NJA 2007 s. 86 som rörde fel i fast egendom, angav HD, efter att ha hänvisat till och kortfattat redogjort för en handfull avgöranden, att: ”Sammanfattningsvis får det i praxis anses ha lämnats en öppning för att...”¹⁶⁸. Har HD i en sådan bedömning missuppfattat rättsläget är det en grund för att kritisera domen, (se nedan 5.5.1, 5.5.3-5.5.4), men det är fel att utan vidare tolka prejudikatet utifrån den ”korrekta” uppfattningen om hur rättsläget ska förstås i de hänvisade avgörandena. Bygger prejudikatregeln på ett felaktigt antagande, blir antagandet en del av prejudikatregeln och det är utifrån de felaktiga förutsättningarna som regeln äger tillämplighet. *Förståelsen av prejudikatet i sig*, måste utgå ifrån de förutsättningar HD angivit.¹⁶⁹

I det efterföljande steget, vilken roll prejudikatet ska få spela, har doktrinen i viss mån olika åsikter kring vilken betydelse det kan ha för prejudikatolnkningen att ett avgörande är felaktigt, eller bygger på felaktiga antaganden. Att tolkningen borde ske med något inskränkande verkan tycks förespråkas generellt. Samtidigt finns en underliggande tanke om att ett prejudikat inte utan vidare kan fråntas sitt prejudikatvärde endast därför att det inrymmer ett fel av något slag. Felaktighetens betydelse anses spela roll.¹⁷⁰

Flera författare har diskuterat frågan utifrån NJA 1983 s. 510 vari HD missade att tillämpa en regel om att skiljeman inte får motta eller betinga sig ersättning om inte lika förmån tillkommer från den andra parten. Olika åsikter har framlagts i doktrinen avseende hur den uppkomna situationen borde behandlas: att prejudikatet ska tolkas restriktivt, att allmän försiktighet ska iakttas, att verkningarna av ett dåligt avgörande bör begränsas eller att avgörandet ska tolkas så inskränkande att det helt fränkänns sitt prejudikatvärde.¹⁷¹

Stig Strömholm har i sammanhanget uttryckt en åsikt som tangerar Heumans uttalanden om att såväl bra som dåliga prejudikat bör följas, men ur ett något annorlunda perspektiv. Han utgår ifrån allmänhetens rätt att kunna inrätta sig efter HD:s prejudikat och menar att är det ett svårupptäckt fel i prejudikatet, som inte uppmärksammas i doktrinen, kan såväl allmänheten som underrätterna komma att inrätta sig efter det felaktiga avgörandet. Prejudikatet bör då inte tolkas mera restriktivt än något annat avgörande från högsta instans. Strömholm friskriver sig dock från felaktiga avgöranden som

¹⁶⁸ NJA 2007 s. 86.

¹⁶⁹ Bernitz m.fl. a.a. s. 154.

¹⁷⁰ Heuman 2006 a.a. s. 97, 113; Welamson, Lars: ”Svensk rättspraxis”. I: *Svensk Juristtidning* 1989 s. 497-652, s. 639.

¹⁷¹ Heuman 2006 a.a. s. 97; Lindskog, Stefan: *Skiljeförfarande: en kommentar*, Stockholm, 2005, s. 23; Wennberg, Suzanne: *Juridisk Tidskrift* 1995-96 s. 983-986, s. 983-984.

leder till klart oacceptabla konsekvenser och menar att prejudikatet i dessa fall inte ska gälla oavsett.¹⁷²

Relaterat till frågan om betydelsen av att allmänheten har inrättat sig efter avgörandet är frågan om det är möjligt att fränkänna ett felaktigt avgörande dess prejudikatverkan genom att *ändra dess publiceringsform*. NJA 2005 not. 8 var i grunden ett skadeståndsmål, men tvistefrågan kom att bli huruvida talan skulle avvisas m.h.t. att det förelåg ett skiljedomsavtal mellan parterna. Vid överklagandet till HD begick HovR ett misstag och tillät en fullföljdshänvisning i strid mot lag. HD beviljade prövningstillstånd, prövade målet och beslutade att det skulle publiceras som ett referatfall. Efter att HovR:s misstag upptäckts gjordes avgörandet om till ett notisfall. Att notisfall är av lägre prejudikatvärde är allmänt accepterat (se ovan 2.1). Hur ett dylikt avgörande ska förstås är mera oklart. Avgörandets lämplighet som prejudikat påverkades inte av HovR:s misstag, och det är inte säkert att HD:s agerande verkligen innebar att avgörandet förlorade sitt prejudikatvärde.¹⁷³

Heuman som har behandlat frågan menar att det finns en mängd aspekter att beakta. Har avgörandet hunnit publiceras på HD:s hemsida som ett vägledande avgörande bör omplaceringen ut ur NJA-fallen inte få påverka prejudikatvärdet. På samma sätt menar han att det inte borde vara möjligt att låta tolkningen påverkas av att avgörandet har gjorts om till ett notisfall när det finns skiljaktiga meningar. Det bör inte finnas utrymme för minoriteten att påverka majoriteten att ge avgörandet ett mera begränsat notisvärde.¹⁷⁴

Vid andra typer av misstag har HD intagit en annan principiell inställning avseende huruvida ett fel ska få påverka prejudikatvärdet. I NJA 2001 s. 404 hade HD *felaktigt återgivit gällande rätt*. HD skulle ta ställning till huruvida det var tillåtet för en part i tvistemål att begära ett editionsföreläggande i HovR. RB saknade reglering i frågan och domstolen byggde upp sin motivering kring argument för och emot, och fann att argumenten mot vägde över. I sin uppställning av argumenten för, återgavs dock ett av argumenten felaktigt. Då HD:s misstag inte påverkade prejudikatregelns formulering eller att tyngden bakom argumenten mot vägde över fick prejudikatet bestå oinskränkt.¹⁷⁵ Varken i fallet med den felaktiga fullföljdshänvisningen eller editionsföreläggandefallet påverkade sålunda felet avgörandet i sig. Vid den felaktiga fullföljdshänvisningen ansträngde sig dock HD för att begränsa fallets prejudikatvärde.

Heuman menar att det finns exempel ur praxis på hur felaktiga prejudikat helt fråntagits sin betydelse i den bemärkelsen att de inte fått någon inverkan på efterföljande avgöranden. Heuman har konstruerat ett exempel utifrån den straffrättsliga legalitetsprincipen och NJA 1994 s. 624. Fallet avsåg huruvida en person kunde dömas till ett medverkansbrott för rattfylleri. Brottet

¹⁷² Heuman 1992 a.a. s. 224; Heuman 2006 a.a. s. 97.

¹⁷³ Heuman 2006 a.a. s. 110.

¹⁷⁴ Heuman 2006 a.a. s. 108-110.

¹⁷⁵ Heuman 2006 a.a. s. 108-112.

hade begåtts före lagändringen i 23 kap. BrB som gjorde att medverkansbrotten även omfattade brott i specialstraffrätten. I praktiken hade lagrummet, i strid med legalitetsprincipen, tillämpats analogt på specialstraffrätten även innan lagändringen, varför HD dömde personen till brott i enlighet med övergångsbestämmelserna. Heuman menar att domen bygger på en alltför restriktiv tillämpning av förbudet mot analogislut av straffbestämmelser. Domen har dock inte fått något genomslag i efterföljande avgöranden i bemärkelsen att den lett till att analogiförbudet fått en mera restriktiv utformning.¹⁷⁶

Åsikten att felaktiga prejudikat bör föranleda restriktiv och inskränkande tolkning kan sålunda påstås ha stöd även i HD:s egen prejudikatbildning. När så ska ske beror dock på omständigheterna i fallet. Att på annat sätt korrigera felaktiga eller ofullständigt motiverade prejudikat saknas det i stor utsträckning tolkningsinstrument för.¹⁷⁷

5.4.1 Motstridiga prejudikat

Det finns flera exempel ur praxis på två prejudikat som behandlar samma principfråga på motstridiga sätt. Sådana motsättningar kan givetvis vålla stora tolkningsproblem. Utgångspunkten är att lösa problemet genom *distinguishing the case*. Den tolkningsmetodologiska oklarheten uppstår när det inte är möjligt.¹⁷⁸

Ett exempel på när motsättningen mellan två prejudikat kan tyckas vara så diametral att det inte går att skilja dem åt är NJA 1989 s. 456 och NJA 1992 s. 679. Avgörandena är två narkotikasmugglingsmål som rör den straffrättsliga problematiken kring *försöksbrott*. Enligt 23 kap. 1 § BrB inträder straffansvar för försök till brott, om *fara förelegat att den företagna handlingen skulle leda till fullbordat brott eller sådan fara varit utesluten endast på grund av tillfälliga omständigheter*. I fallet från 1989 hade den tilltalade avsett att smugla in narkotika, men endast fått med sig fultjack bestående av henna och bivax. HD anförde att även om den tilltalade hade haft uppsåt att smugla in narkotika i landet fanns det ingen fara för brottets fullbordande och åtalet ogillades. Att den tilltalade av misstag råkat få med sig fultjack istället för narkotika ansågs inte vara en tillfällig omständighet. I NJA 1992 s. 679 var det flera medgärningsmän som försökte smugla in narkotika. Narkotikan hade dock hittats och beslagtogs av tullen redan innan avlastningen skulle ske och någon fara för brottets fullbordande förelåg sålunda inte. Samtliga, även de tilltalade som fanns tämligen långt bort i hanteringskedjan dömdes för försök till narkotikabrott eftersom faran endast varit utesluten p.g.a. tillfälliga omständigheter.¹⁷⁹

Motstående prejudikat är delvis ett resultat av att HD inte fullgjort sin utredningsskyldighet. Utredningsskyldigheten är särskilt betydelsefull för att

¹⁷⁶ Heuman 2006 a.a. s. 101-105.

¹⁷⁷ Heuman 2007 a.a. s. 617.

¹⁷⁸ Lehrberg a.a. s. 172; Peczenik 1980 a.a. s. 133-134; Thornstedt a.a. s. 22.

¹⁷⁹ Wennberg a.a. s. 983-984.

undvika motsättningar när prejudikatfrågan redan delvis besvarats eller då rättsutvecklingen sker stegvis. Även om parterna har en viktig roll i att förse HD med material är det i slutändan HD:s ansvar att målet för handen blir tillräckligt utrett.¹⁸⁰

Olika teorier och metoder har utvecklats i doktrinen för att skilja oförenliga prejudikat åt, i den mån de inte går att skilja genom den traditionella *rättskällehierarkin*, eller genom distinguishing. Lehrbergs och Peczenicks respektive metoder går båda ut på att utvärdera vilket av prejudikaten som har högst prejudikatvärde och låta det äga företräde. Faktorer som enligt deras system får spela roll i bedömningen är följande:¹⁸¹

- 1) Plenumavgöranden väger tungt.
- 2) Äldre prejudikat som inte bekräftats, väger mindre tungt än nyare prejudikat.
- 3) Om prejudikatet är kritiserat väger det relativt sett mindre tungt.
- 4) Notisfall väger betydligt lättare än avgöranden som gjorts till referat.
- 5) Flera avgöranden i samma riktning väger tyngre än ett enstaka avgörande som inte backas upp.

Heuman menar att skilja djupgående motsättningar mellan prejudikat kan vara en nästan olöslig uppgift tolkningsvägen och att det inte kan uteslutas att båda avgörandena kan inskränkas och förlora sin prejudikatverkan. Vad som avgöra frågan enligt honom är huruvida välgrundad kritik kan riktas mot båda fallen eller bara det ena (se vidare nedan angående hur tolkningen påverkas av kritik 5.5.3).¹⁸²

Ett prejudikat kan också vara motstridigt i sig självt. Samma avgöranden kan innehålla uttalanden som i sig är oförenliga eller motstridiga. Exempelvis kan tänkas att när HD ska tillämpa den prejudikatregel domstolen formulerat råkar HD omformulera rekvisiten, eller då HD säger sig vilja formulera ett domslut utifrån vissa ändamålsskäl, och sedan matchar inte rekvisiten det uttalade målet. Några särskilda tolkningsmetoder för att hantera inre motstridigheter saknas dock. Det är även oklart i vilken utsträckning dylika motstridigheter påverkar prejudikatets värde eller om det gör att det tolkas restriktivt.¹⁸³

5.4.2 Dåligt underbyggda prejudikat

En form av felaktiga domar är de som bygger på ett felaktigt eller bristfälligt underlag. Ett exempel på mål som i doktrinen har ansetts vara dåligt underbyggda är Barsebäckmålen.

¹⁸⁰ Heuman 2006 a.a. s. 98; Heuman 2007 a.a. s. 596.

¹⁸¹ Lehrberg a.a. s. 172; Peczenik 1980 a.a. s. 133-134.

¹⁸² Heuman 2006 a.a. s. 98; Heuman 2007 a.a. s. 596.

¹⁸³ Heuman 1992 a.a. s. 202.

Barsebäckmålen utgörs av två relaterade mål: NJA 1998 s. 448 (Försäkringsmålet) och NJA 1999 s. 629 (Domvillomålet). I Försäkringsmålet yrkade käranden på försäkringsersättning p.g.a. avbrottsskada. Svaranden, försäkringsgivaren, bestred att det skulle finnas någon rätt till ersättning, i första hand därför att det inte förelåg relevant adekvat kausalitet och i andra hand att det fanns ett avtalat undantag för rätt till försäkringsersättning vid denna typ av avbrottsskada. Käranden invände att det varken fanns något krav om adekvat kausalitet inom försäkringsrätten eller avtalat undantag i försäkringsavtalet mellan parterna.¹⁸⁴

Vad tvisten kom att handla om i Försäkringsmålet var huruvida adekvansprincipen även var tillämplig inom försäkringsrätten, och vad den i så fall innebar. För att motbevisa svarandens andrahandsinvändning, och för att visa att det mellan parterna inte rådde samma reglering som normalt gällde i branschen åberopade käranden försäkringsavtalen mellan parterna.¹⁸⁵

HD ogillade kärandens talan. Grunden för domslutet utgick dock inte från adekvansprincipen, istället avgjordes målet utifrån en *nyskapad norm om allmänna principer om avbrottsförsäkring*, vilken HD konstruerat ur de *standardavtalsvillkor käranden fört in i processen*.

Domen har betraktats som dåligt underbyggd ur flera aspekter. De avtalsvillkor käranden åberopat var inte liktydiga med handelsbruk eller branschpraxis: de hade förts in just därför att det konkreta avtalet var avvikande från standardvillkoren i branschen. Den allmänna principen, som efter domen kommer vara tillämplig på försäkringsrätten i sin helhet, är alltså skapad utifrån ett begränsat och ett för branschen atypiskt underlag. Vidare var underlaget bristfälligt eftersom det inte rörde vad parterna processat kring. HD hade inte genomfört någon processledning som gav parterna anledning att tro att målet skulle avgöras utifrån några andra grunder än frågan om adekvat kausalitet inom försäkringsrätten.¹⁸⁶

Att HD hade löst fallet genom att skapa en ny allmän princip avseende avbrottsförsäkringar framgick inte genom att tolka Försäkringsmålet, utan först efter avgörandet i det efterföljande Domvillomålet NJA 1999 s. 629. I Domvillomålet menade försäkringstagaren att det förelåg grovt rättegångsfel eftersom HD avgjort målet utifrån handelsbruk trots att det inte åberopats av försäkringsgivaren, vilket är i strid med 17 kap. 3 § RB. Utifrån domskälens utformning i Försäkringsmålet låg ett sådant antagande närmre till hands än att anta att HD skapat en ny rättsprincip. HD menade dock att domvillan inte förelåg utan att HD i Försäkringsmålet utfyllt parternas avtal med allmänna principer för avbrottsförsäkringar. Det är alltså först utifrån uttalandena i Domvillomålet som det med någon säkerhet går att dra slutsatsen att vad

¹⁸⁴ Wiwen-Nilsson, Tore: "HD:s rättsbildning – Några ytterligare reflexioner i anledning av NJA 1998 s. 448 och 1999 s. 629". I *Juridisk Tidskrift* 2001-02 s. 222-229, s. 222-224; Westberg, Peter: "Överraskande rättsbildning på grundval av handelsbruk eller allmänt tillämpade standardvillkor? – några reflexioner i anledning av NJA 1998 s 448 och 1999 s 629". I: *Juridisk Tidskrift* 2000-01 s. 348-379, s. 350-359.

¹⁸⁵ Wiwen-Nilsson a.a. s. 222-225; Westberg 2001 a.a. s. 356.

¹⁸⁶ Wiwen-Nilsson a.a. s. 224-228.

HD gjorde i Försäkringsmålet var att skapa en allmän rättsprincip, utifrån ett bristande underlag.¹⁸⁷

Att avgörandena leder till tolkningsproblem är naturligt. Det här gäller genomgående då avgöranden lämnar frågor efter sig. Tolkaren tvingas ta ställning till om HD:s formulering innebär en ny riktning i praxis, en oacceptabel förenkling, rättegångsfel eller om utgången bara är felaktig. Som Domvillomålet visar är det mycket svårt att tolkningsvägen veta hur dylika avgöranden ska förstås.¹⁸⁸

Har HD inte uppmärksammat ett *motargument* är också det ett bristfälligt underbyggt prejudikat som kan påverka tolkningen. Det faktum att motargumentet i ett senare avgörande kan komma att beaktas av HD är upp till uttolkaren att uppmärksamma. Saknas ett motargument kan det sålunda finnas anledning för uttolkaren att tolka prejudikatet mera restriktivt, eller anlägga fler rekvisit till prejudikatregeln än vad som först kan tyckas nödvändigt. En korrekt tolkning måste utgå ifrån att missade argument senare kan komma att spela roll.¹⁸⁹

5.5 Kritiserade prejudikat

Prejudikat diskuteras och kritiseras ständigt. Kritiken kan komma från HD själv, andra domstolar eller rättsvetenskapen. Beroende på omständigheterna kan att ett avgörande är kritiserat påverka hur det bör tolkas. Kritik utgör därför en prejudikatfaktor.

5.5.1 Kritik från HD

Det förekommer att HD kritiserar sina egna prejudikat. HD:s självkritik innebär i regel att rättsläget blir som innan det kritiserade avgörandet; det blir återigen en öppen fråga huruvida den tidigare fastlagda prejudikatregeln gäller eller inte. Självkritik innebär alltså inte, i stil med ett plenumavgörande, att rättsregeln tvunget överges.¹⁹⁰

Självkritik leder sålunda i regel till rättsosäkerhet och utrymmet för uttolkaren att skapa rättsregler utifrån kritiserade eller kritiserande avgöranden är ofta begränsad. Eftersom HD inte anser sig vara bunden av uttalanden som endast anger vilken väg rättsutvecklingen *bör* gå, behöver kritik som framförts i ett avgörande inte få något genomslag i efterföljande fall. HD kan istället välja att, trots den framförda kritiken, hålla kvar vid tidigare avgöranden för att främja förutsebarheten och konsekvensen i dömandet.¹⁹¹

¹⁸⁷ Wiwen-Nilsson a.a. s. 223-228; Westberg 2001 a.a. s. 359-362, 370-377.

¹⁸⁸ Heuman 2007 a.a. s. 597.

¹⁸⁹ Heuman 2007 a.a. s. 597.

¹⁹⁰ Heuman 1992 a.a. s. 212; Peczenik Vad är rätt? a.a. s. 237.

¹⁹¹ Heuman 1992 a.a. s. 232-233.

Den ovan angivna prejudikatserien avseende bevisbördans placering ifråga om avtalat pris, NJA 1951 s. 1, NJA 1975 s. 280 och NJA 1989 s. 215 (se 5.3), är bra exempel på hur rättsosäkerheten gror av att HD avstår från att göra en tydlig uppgörelse med tidigare avgöranden. Rättsbildningsmetoden i den prejudikatserien med mindre inskränkningar och kritik skapade stor rättsosäkerhet vilken varade tills den konfrontativa uppgörelsen i NJA 2001 s. 177, som senare följdes upp med NJA 2005 s. 205. I 2001 års fall behandlades samtliga av de tidigare avgörandena innan domstolen uttryckligen angav att: ”Övervägande skäl får anses tala för att man nu lämnar den princip som slogs fast (...) huvudregeln [bör] vara att den part som hävdar att avtal har träffats om priset eller om beräkningsgrunden för detta har bevisbördan för sitt påstående”.¹⁹²

HD har annars i praxis visat en tendens att föredra att distinguish the case utifrån skillnader i faktiska omständigheter framför att inskränka ett tidigare prejudikat utifrån framförd kritik. Ett tydligt exempel på fenomenet finns i NJA 1980 s. 203, avhysning från lägenhet, och NJA 1986 s. 187, uppskov med avflyttning från parkeringsanläggning. I båda målen blev huruvida beslut från hyresnämnden avseende en preliminärfråga ägde rättskraft betydelsefullt. I 1980 års fall ansågs hyresnämndens beslut om giltig uppsägning äga rättskraft, medan i NJA 1986 s. 187 ansågs beslut om huruvida nytt hyresavtal ingåtts inte ha rättskraft. I 1986 års fall var HD på flera punkter mycket kritisk mot det tidigare avgörandet. Kritiken var riktad mot grundläggande problem kopplade till att erkänna nämndens beslut rättskraft. När HD väl skulle formulera prejudikatregeln i NJA 1986 s. 187 och hur den förhöll sig till NJA 1980 s. 203, tog domstolen dock inte fasta på den kritik som framförts. Istället valde domstolen att distinguish the case utifrån yttre skillnader mellan fallen.¹⁹³

Av konsekvensskäl föredrar HD alltså att låta det prejudikat domstolen egentligen är kritisk mot förbli intakt, och istället skapa en mera begränsad prejudikatregel i det senare avgörandet genom att särskilja avgörandena utifrån yttre skillnader. Ur tolkningssynpunkt hade det varit att föredra att HD, som i NJA 2001 s. 177 ovan, klart gjorde upp med den praxis domstolen var kritisk mot.¹⁹⁴

5.5.2 Kritik från skiljaktiga meningar

En uppfattning som förekommer i doktrinen är att prejudikat som innehåller skiljaktiga meningar är av mindre tyngd. Ur ett tolkningsperspektiv borde det innebära att det vid oeniga avgöranden fanns större möjligheter att tolka i strid med prejudikatet, ge det en mera restriktiv tolkning, eller låta andra avgöranden eller rättskällor äga företräde framför det.¹⁹⁵

¹⁹² NJA 2001 s. 177: s. 182.

¹⁹³ Heuman 1992 a.a. s. 222-225. Se även: NJA 1990 s. 361 tillsammans med NJA 2004 s. 213.

¹⁹⁴ Heuman 1992 a.a. s. 222-225; Lehrberg a.a. s. 162, 172.

¹⁹⁵ SOU 1986:1 a.a. s. 51.

Mot föreställningen att prejudikat innehållandes avvikande meningar skulle ha lägre prejudikatvärde har dock rests en del invändningar. Redan i förarbetena till 1989 års domstolsreform framhölls att HD själv följde alla sina prejudikat, oavsett röstsiffrorna eller vad som sades i skiljaktiga meningar. Av respekt för prejudikatet ansluter även de som tidigare varit skiljaktiga i regel till majoritetens åsikt i efterföljande avgörande.¹⁹⁶

Att följa den skiljaktiga meningens åsikt är heller aldrig ett alternativ för en efterföljande prejudikatanvändare. Det är majoritetens åsikt som utgör prejudikatet och de enda alternativen till hur det ska användas är vad som framgår genom tolkning. Detta innebär dock inte att skiljaktiga meningar är utan betydelse. Skiljaktiga meningar kan dels vara användbara för att visa att en prejudikatregel inte går att pressa för långt eftersom den har sina bak-sidor, dels fungerar de som en garant för att få fram goda domskäl hos majoriteten, dels kan de användas för att underlätta förståelsen av avgörandet.¹⁹⁷

Ett lite äldre exempel på hur tolkningen kan underlättas av skiljaktiga meningar utgör NJA 1948 s. 554. Fallet rörde en förfallen fordran. Svaranden menade att skulden inte var förfallen, eftersom hon beviljats kredit om minst 10 år och en skyldighet att endast betala med den frekvens som bäst passade henne. Käranden medgav att det fanns kredit, men i betydligt mera begränsad utsträckning. HD biföll kärandens talan utifrån en bevisbörderegeln som gav köparen bevisbördan. Domen sa ingenting om vad som utgjorde grunden eller räckvidden hos regeln. Det gick sålunda inte att utläsa huruvida köparen generellt hade bevisbördan avseende kredittid eller endast då kreditkraven var ovanligt förmånliga. I fallet fanns dock en skiljaktig mening som kan fungera klagörande. Skiljaktiga uttryckte att det vore osannolikt att den lämnade krediten haft en så vidsträckt utformning varför uttalanden, som saknade belägg, om att så skulle vara fallet inte kan anses gälla utan vidare. Att majoritet inte kunnat ställa sig bakom det uttalandet antyder, om än inte helt säkert, att majoriteten utgått från en generell beviskyldighet för köparen vad gäller kreditvillkor.¹⁹⁸

5.5.3 Kritik från doktrinen

Doktrinen ägnar sig i stor utsträckning åt att diskutera och kritisera avgöranden från högsta instans. Hur betydelsen av ett prejudikat påverkas av att det blivit kritiserat i doktrinen är dock inte helt klart. Delar av doktrinen menar att ett avgörande som rättsvetenskapen kritiserat helt skulle kunna fränkännas sitt prejudikatvärde. Grunden för den inställningen faller tillbaka på lagutskottsutlåtandet från 1947 och tanken om att det endast är tyngden bakom HD:s domskäl som medför prejudikatbundenhet (se ovan 2.2). Det

¹⁹⁶ SOU 1986:1 a.a. s. 51; Gregow 2002 a.a. s. 118-119; Heuman 1992 a.a. s. 211.

¹⁹⁷ Håstad, Torgny: "Om skiljaktiga meningar". I: *Festskrift till Per Henrik Lindblom*, Uppsala, 2004, s. 306-308; Bergholtz 1987 a.a. s. 402-405; Westberg 2000 a.a. s. 598; Eek m.fl. a.a. s. 67-68; Bernitz m.fl. a.a. s. 155-156; Lehrberg a.a. s. 162; Hellner 1994 a.a. s. 102; Heuman 1992 a.a. s. 210.

¹⁹⁸ Eek m.fl. a.a. s. 67-68.

synsättet öppnar stora möjligheter att tolka tämligen fritt när ett avgörande kritiserats av doktrinen.¹⁹⁹

Rättsvetenskapens kritik likställs ur den synvinkeln med HD:s domskäl och hur stor inverkan kritiken får blir då beroende av hur välgrundad den är. Är den välgrundad kan kritiken motivera inskränkningar i prejudikatregeln. Dessa inskränkningar kan vara allt från att endast vissa undantag läggs till prejudikatregeln, till att tolkningen går längre och p.g.a. kritiken helt frånkänner prejudikatet dess prejudikatverkan.²⁰⁰

Andra delar av rättsvetenskapen rättfärdigar doktrинens inverkan på prejudikats ställning utifrån att rättssystemet ska vara koherent. Precis som att avgöranden och rättskällor inte bör säga emot varandra, bör avgöranden i största möjliga mån även försöka inordnas och tolkas i enlighet med doktrinen. Åsikten rättfärdigas genom att HD sannolikt beaktar åsikter i rättsvetenskapen, varför det är rimligt att genomföra prejudikattolkningen utifrån att doktrинens åsikt är beaktad. Olika författare går olika långt. Hans Thornstedt, som kanske är en av dem som går längst, menar att tolkningen bör ta sin utgångspunkt i doktrинens åsikter, och att det första steget för prejudikattolkaren är att försöka inordna avgöranden under doktrинens lösningar.²⁰¹

Att rättsvetenskapens kritik skulle ha en så stor inverkan är dock inte en oemotsagd åsikt. En motsatt utgångspunkt, som bygger på tanken om den starka faktiska prejudikatbundenheten menar att kritiken från doktrinen görs i syfte att påverka HD, i förhoppning att domstolen ska ta upp frågan till prövning igen och då lägga om sin praxis. I övrigt påverkar kritiken som sådan inte prejudikatets betydelse eller tolkningsmöjligheterna.²⁰²

5.5.4 Kritik från hjälpvetenskapen

En del av problematiken kring att HD:s överväganden inte alltid har stöd i hjälpvetenskapen har behandlats ovan (se 3.3.3). Förutsatt att kritik från rättsvetenskapen gör det möjligt att frångå ett prejudikat, är frågan om liknande möjlighet föreligger med hänsyn till kritik från hjälpvetenskapen.

Som redan har berörts är det relevant att det inte är helt klart vilken rättskällestatus hjälpvetenskapen har. Heuman menar dock att vad gäller prejudikat som berör metodologiska frågor, avseende tolknings- eller bevisvärdering exempelvis, bör *hjälpvetenskapen kunna gå före HD:s uttalanden*. I denna typ av fall aktualiseras inte samma förutsebarhetskrav, eftersom det rör rent processuella frågor som inte påverkar enskildas rättsliv.²⁰³

¹⁹⁹ Heuman 2006 a.a. s. 94; Kleineman, Jan: "Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla". I: *Juridisk Tidskrift* 1994-95 s. 621-646, 645-646; Strömholm 1984 a.a. s. 645-646; Rodhe, Knut: "Beskrivning - prognos - rekommendation - en trosbekännelse". I: *Juridisk Tidskrift* 1996-97 s. 1-4, s. 3.

²⁰⁰ Peczenik 1980 a.a. s. 134.

²⁰¹ Peczenik 1980 a.a. s. 134; Peczenik Vad är rätt? a.a. s. 236; Hjerner a.a. s. 14; Melander a.a. s. 186.

²⁰² Hellner 1994 a.a. s. 96, 106.

²⁰³ Heuman 2005 a.a. s. 776-777.

Heuman använder vittnespsykologin som exempel. Heuman menar att HD i praxis, bl.a. NJA 1988 s. 40 ett våldtäktsfall, har etablerat vissa kriterier för vad som kännetecknar en vittnesutsaga med högt bevisvärde. Saknar HD:s uppfattning stöd i vittnespsykologisk forskning menar Heuman att forskningen bör kunna ges företräde framför prejudikatet. Att kritik från hjälpvetenskapen principiellt skulle gälla över HD:s uttalanden i dylika situationer anser han dock inte. Istället bör en sammanvägning göras där hjälpvetenskapen beaktas tillsammans med rättsvetenskapen och övriga rättskällor. Beroende på vilket stöd kritiken har och hur välgrundad den är, torde även hjälpvetenskapen kunna få genomslag framför HD:s uttalanden.²⁰⁴

5.6 Gamla prejudikat

Nästa prejudikatfaktor som ska behandlas är tiden. Det har sagts att prejudikat inte har något bäst före datum i bemärkelsen att de inte efter att ha uppnått en viss ålder automatiskt blir obsoleta. Att de inte fråntas sitt prejudikatvärde förhindrar dock inte att prejudikat från olika tidsperioder i regel behandlas på olika sätt. Särbehandlingen beror på flera anledningar, dels eftersom prejudikaten är annorlunda utformade, dels p.g.a. de förändringar som sker i samhället och rättsordningen i och med att åren går. Ett prejudikats ålder är sålunda en viktig faktor att ta i beaktning vid tolkningen.²⁰⁵

5.6.1 Ny lagstiftning

Avgöranden utgår från gällande lag och upphävs lagstiftningen är utgångspunkten att även relaterade prejudikat blir irrelevanta.²⁰⁶ Det är dock endast en utgångspunkt, ny lagstiftning innebär inte per automatik att praxis tillhörande den äldre lagen blir obsolet. I NJA 2003 s. 3, som rörde ett skiljeavtals verkan i konkurs, berörde HD frågan om hur prejudikat förhåller sig till att lagstiftningen bytts ut. HD menade att ett gammalt prejudikat inte förlorar sin betydelse enbart därför att ny lagstiftning trätt i kraft om prejudikatet avser tillämpning av regler som oförändrat övertagits ifrån den upphävda lagen. I fallet hämtade HD stöd ur ett avgörande från tidigt 1900-tal, trots att konkurslagen sedan dess bytts ut både 1921 och 1987.²⁰⁷

Delar av rättsordningen täcks inte av lagstiftning och ytterligare fler delar har inte genomgått några större lagstiftningsreformer under en lång tid. Oavsett prejudikats förhållande till lagändringar bär därför mycket gammal praxis fortfarande formell giltighet och måste kunna hanteras prejudikat-tolkningsvägen.²⁰⁸

²⁰⁴ Heuman 2005 a.a. s. 776-778.

²⁰⁵ Westberg 2000 a.a. s. 615.

²⁰⁶ Hellner 1994 a.a. s. 104-105.

²⁰⁷ Heuman 2006 a.a. s. 95.

²⁰⁸ Hellner 1994 a.a. s. 104-105.

5.6.2 Senare avgöranden

En utgångspunkt är att när två avgöranden berör samma rättsfråga är ett nyare prejudikat av större vikt än ett gammalt. Uppfattningen har stöd i RB:s plenumregler, 3 kap. 6 § 2st RB. Bestämmelsen anger att om det råder motstridiga åsikter i HD:s praxis behöver hänskjutande till plenum inte ske om HD inte vill avvika från åsikten i det senare av de motstridiga prejudikaten. Indirekt erkänns sålunda ett senare prejudikat större betydelse.²⁰⁹

Återigen är det endast tal om en utgångspunkt. Äldre prejudikat nämns och beaktas fortfarande även om det är ovanligt att domstolen uteslutande hänvisar till gamla avgöranden. I det ovan nämnda, NJA 2003 s. 3, vari HD tog stöd ur ett pleniavgörande från 1913, underströk domstolen att endast det faktum att ett prejudikat är gammalt inte är liktydigt med att det har lägre prejudikatvärde.

5.6.3 Förrändrade förhållanden i samhället, näringslivet eller rättsutvecklingen

När HD går emot tidigare ställningstaganden i praxis är grundtanken att det ska ske genom plenuminstitutionen. Det finns dock inget principiellt hinder mot att HD frångår tidigare fastslagna rättsprinciper även utanför plenum, 3 kap. 6 § RB är endast fakultativ. Faktorer kopplade till att åren går, såsom rättsutvecklingen, förändrade förhållanden i samhället eller näringslivet är exempel på sådant som föranlett att prejudikat bortsetts ifrån även utanför plenum.²¹⁰

Ett exempel på den typen av ändring i praxis finns i NJA 1980 s. 46 som tog avstånd från NJA 1949 s. 609 och NJA 1969 s. 285. Den för oss aktuella frågan gällde huruvida en skiljeklausul i ett standardavtal var giltig mellan två näringsidkare. I avgörandena från 40- och 60-talet hade HD intagit en mycket sträng hållning, och inte accepterat skiljeklausuler som endast hänvisats till i standardavtal. I NJA 1980 s. 46 framhöll domstolen att det gått en avsevärd tid sedan de förra avgörandena och att användningen av och tillkomstsättet för standardavtal sedan dess hade förändrats. Skiljeklausulen accepterades. Det är i sammanhanget värt att understryka att det är ovanligt att HD gör den här typen av avsteg från tidigare prejudikat utanför plenumforumet. Det krävs i regel att det är särskilt extraordinära förhållanden.²¹¹

Det händer att HD i ett avgörande motiverar domslutet med uttryck som fryser fast i sin samtid såsom *det allmänna rättsmedvetandet*. Ett sådant domslut kan bara äga giltighet så länge värderingarna i samhället förblir oförändrade. Har HD exempelvis motiverat ett domslut ifråga om barnaga

²⁰⁹ Zeteo a.a. RB 3 kap. 6 §.

²¹⁰ Heuman 1992 a.a. s. 203-204; Westberg 2000 a.a. s. 615; Melander a.a. s. 187; Zeteo a.a. RB 3 kap. 6 §.

²¹¹ Bernitz m.fl. a.a. s. 132.

för flera decennier sedan med hänsyn till det allmänna rättsmedvetandet äger det inte stöd därur idag.²¹²

5.6.4 Prejudikattolkning av äldre domar

Vid tolkning av prejudikat måste uppmärksammas vad som gällde vid tidpunkten för domen. Rådande domskrivningssätt måste identifieras och beaktas (se ovan 4.1).²¹³

En viktig förändring i hur HD formulerar sina domskäl är att innan HD fick rollen som prejudikatinstans, sällan gjorde mera generella uttalanden. I äldre domar framgick den principiella betydelsen av domen mindre genom domskälen, och mer i det faktum att den blivit utvald till referatfall. HD konstaterade endast vad som var nödvändigt för att nå avgörandet i fallet för handen och angav sedan vilka sakförhållanden som bevisats. Att HD konsekvent inte gjorde generella uttalanden gjorde att mera konstruktiv och skapande tolkning tilläts, och att det fanns större utrymme för friare tolkningsoperationer. Arbetet med att formulera generella rättsatser har nu i stor utsträckning övertagits av HD, vilket minskat såväl behovet som utrymmet för mera extensiv och aktivt konstruktiv tolkning.²¹⁴

Problematiken kring att HD tidigare i stor utsträckning använde sig av fasta formuleringar har behandlats ovan (4.1). Genom att känna till den exakta innebörden bakom begreppen kan tolkningen av äldre domar underlättas. Nedan följer några exempel på dylika standardformuleringar och vad domstolen menade med dem:

på det sätt bifalla: ett yrkande eller en invändning är något ojuridiskt, men domstolen bifaller utifrån den väsentliga innebörden av vad som åberopats.

lagligen icke kan bifallas: saknas stöd i lagen för att bifalla.²¹⁵

lämnas utan avseende: helt ogrundad invändning, ligger ofta ett mått av kritik i formuleringen.²¹⁶

HD finner ej skäl göra ändring i HovR:s avgörande: HD skulle själv ha nått ett något annorlunda resultat men skillnaden är för obetydlig.²¹⁷

HD fastställer HovR dom: formuleringen innebär inte bara att domen fastställs utan uttrycker även ett klart gillande.²¹⁸

²¹² Thews a.a. s. 546, 549-551.

²¹³ Hellner 1994 a.a. s. 97-98.

²¹⁴ Eek m.fl. a.a. s. 61; Heuman 2006 a.a. s. 96; Hjerner a.a. s. 49-68.

²¹⁵ Bernitz m.fl. a.a. s. 153.

²¹⁶ Bernitz m.fl. a.a. s. 153.

²¹⁷ Strömholm 1996 a.a. s. 382.

²¹⁸ Strömholm 1996 a.a. s. 382.

*Ej finner skäl att på X:s talan göra ändring: X skulle kanske ha haft framgång om X överklagat en del av målet som inte är en del av den aktuella överklagan. HD understryker att domstolen av processuella skäl nu inte kan göra något för att hjälpa X.*²¹⁹

5.7 Gradvis prejudikatbildning

Det finns flera exempel i rättspraxis på hur HD gradvis bygger upp prejudikatregeln utifrån flera avgöranden. Metoderna HD tillämpar för denna stegvisa rättsbildning varierar. Det finns exempel på hur HD skapar ett starkt första prejudikat, med en vid prejudikatregel som i efterföljande avgöranden inskränks, genom preciseringar och tilläggsförutsättningar.²²⁰ Som framgått ovan, 5.3.2, kan omvänt prejudikatregler byggas upp genom att de etableras genom flera, kasuistiska domskäl som tillsammans ger uttryck för en rättsprincip. Oavsett hur HD går till väga ger det en felaktig bild av rättsläget att inte tolka, och formulera prejudikatregeln utifrån dylika avgöranden sedda tillsammans.²²¹

Det finns flera exempel på gradvis prejudikatbildning i praxis, och flera har givits ovan. Prejudikatserien avseende bevisbördans placering ifråga om avtalat fast pris, som började med NJA 1951 s. 1, och avslutades med NJA 2005 s. 205 är ett exempel. Mellan första och sista avgörandet hade en handfull prejudikat lämnats i frågan (se ovan 5.3.2). Att betrakta något av avgörandena isolerat, innan HD i 2001 års fall tog ett samlat grepp, skulle ge en felaktig bild av rättsläget.

Ett annat exempel är frågan om hur fullbordanstidpunkten för butiksstöld stegvis utkristalliserats (se ovan 4.3). I NJA 1964 s. 97 och NJA 1965 s. 398 uttalade sig HD om vad som gällde i vanliga självbetjäningsbutiker respektive varuhus med flera avdelningar. Prejudikatregeln i sin helhet avseende fullbordanstidpunkten ges först av avgörandena sedda tillsammans i NJA 1972 s. 253.

Barsebäckmålen är ett exempel på en annan typ av gradvisa prejudikat. Domskälen i Försäkringsmålet, NJA 1998 s. 448, antyder att det är ett grovt rättegångsfel som har begåtts, men det efterföljande Domvillomålet, NJA 1999 s. 629, klargör att istället för domvilla och följaktligen ett prejudikat utan värde etableras i Försäkringsmålet i självverket en ny allmän norm inom försäkringsrätten (se ovan 5.4.2).

Gradvis rättsbildning har både för och nackdelar. Det ger HD större erfarenhet att forma prejudikatregeln utifrån och bättre möjligheter att känna efter vilken riktning rättsutvecklingen bör ta. Samtidigt är det skadligt för förutsebarheten; det kan vara svårt att avgöra när domstolen är klar med sin

²¹⁹ Strömholm 1996 a.a. s. 382.

²²⁰ Fleischer 1981 a.a. s. 177, 186-187; Heuman 1992 a.a. s. 201.

²²¹ Bernitz m.fl. a.a. s. 150-151; Eek m.fl. a.a. s. 72; Hellner 1994 a.a. s. 104; Hjerner a.a. s. 14; Eckhoff a.a. s. 187-191.

rättsbildning, att det var en gradvis förändring märks ofta inte förrän i efterhand. I rättsområden med höga krav på förutsebarhet kan det sålunda vara direkt olämpligt med gradvisa prejudikat.²²²

För rättsbildning genom prejudikat som utgår ifrån generalklausuler eller portalparagrafer, kan gradvis förändring vara enda möjliga lösningen (se ovan 5.3.2). Det är inte rimligt att HD i ett enda avgörande ska kunna identifiera och rangordna alla omständigheter som är relevanta för att avgöra vad som är barnets bästa, eller ett oskäligt avtalsvillkor. Det måste av nödvändighet utkristalliseras genom flera avgöranden.²²³

Thornstedt har konstruerat en metod för att identifiera prejudikatregeln när tolkning utgår från flera avgöranden med samma utgång, utifrån *tydnings-scheman*. Förenklat kan teorin om tydnings-scheman beskrivas som att uttolkaren i det initiala skedet *lägger avgörandena på varandra och skär bort de omständigheter som inte är gemensamma*. De omständigheter som blir kvar, de som återfinns i samtliga rättsfall, ger en regel: nämligen att när samtliga dessa punkter återfinns i ett fall nås det aktuella domslutet. Regeln utgör dock inte den rena prejudikatregeln. Uttolkaren måste sedan identifiera vilka punkter som är nödvändiga och vilka som endast funnits där av tillfällighet. När regeln sedermera testas mot fallen den skapats ur, måste uttolkaren beakta möjligheten att något av avgörandena är feldömt, innan prejudikatregeln formuleras slutligt.²²⁴

Utöver Thornstedt teori, som har kritiserats för att vara tidskrävande och aldrig kunna bli helt säker, poängteras problematiken kring gradvisa prejudikat återkommande utan att några mera handfasta handlingsprinciper ges. Doktrinen är dock tämligen enig om att sättet att hantera den gradvis förändringen är att arbeta utifrån att ställa samman relaterade prejudikat och att tolkningen bör vara restriktiv och beakta att förändringar kan vara att vänta.²²⁵

²²² Eckhoff a.a. s. 187.

²²³ Heuman 1992 a.a. s. 206.

²²⁴ Thornstedt a.a. s. 16-24.

²²⁵ Strömholm 1996 a.a. s. 506; Bernitz m.fl. a.a. s. 150-151; Eek m.fl. a.a. s. 72; Hellner 1994 a.a. 104; Hjerner a.a. s. 14; Eckhoff a.a. s. 187-191.

6 Analys

Analysen är indelad i två avsnitt utifrån uppsatsens frågeställning. Den första delen knyter an till hur prejudikattolkningen påverkas av de utredda prejudikatfaktorerna. I den avslutande andra delen, görs ett försök att formulera en prejudikatlära utifrån prejudikatfaktorerna, och hur de påverkar prejudikattolkningen.

6.1 Hur påverkas prejudikattolkningen av prejudikatfaktorer

Hanteringen av prejudikatfaktorernas betydelse för prejudikattolkningen i doktrinen har inte huvudsakligen varit inriktad på att formulera handlingsdirigerande prejudikattolkningsmodeller. Mycket möda har istället ägnats åt att undersöka i vad mån prejudikatfaktorerna tillåter fränsteg från prejudikatbundenheten. Frågan om prejudikatbundenheten är dock inte frikopplad från prejudikattolkningen och följaktligen inte ointressant ur tolkningshänseende. Innebär en prejudikatfaktor att ett avgörande minskar eller helt förlorar sitt värde, påverkar det vad som ska anses vara gällande rätt och den gällande prejudikatregeln.

Att kunna fastställa ett avgörandes prejudikatvärde, är dock ingen tolkningsmetod i bemärkelsen att det innehåller några hjälpmedel i arbetet med att förstå prejudikatet. Analysen kommer därför att behandla de båda frågorna separat. I 6.1.1. utreds vilka prejudikattolkningsförslag rättsvetenskapen formulerat utifrån prejudikatfaktorerna. Frågor som berör hur prejudikatfaktorerna påverkar prejudikatbundenheten och prejudikatvärdet behandlas separat i 6.1.2.

6.1.1 Handlingsdirektiv för prejudikattolkningen

Ett av uppsatsens huvudmål var att identifiera hur långt rättsvetenskapen kommit med att formulera prejudikattolkningsregler vilka anpassar prejudikattolkningen beroende på prejudikatfaktorerna. Utredningen visar att även om prejudikatfaktorerna diskuterats tämligen ingående är resultatet sparsamt ifråga om tolkningsverktyg. De handlingsdirigerande regler som formulerats är få, har i regel ett begränsat användningsområde och är omgärdade av friskrivningar. Med undantag möjligtvis för Thornstedts tydningsscheman, saknas modeller, som tar ett större helhetsgrepp på exempelvis en viss typ av prejudikatfaktor.

Nedan följer ett försök att omformulera rättsvetenskapens åsikter avseende hur tolkningen påverkas av prejudikatfaktorer till handlingsdirektiv. Listan omfattar inte förslag där åsikterna går isär så till den grad att det inte finns klara alternativ som står emot varandra, eller då lösningen anses ligga i en

bedömning från fall till fall. Teorier vilka strikt rör hur prejudikatvärdet påverkas behandlas först under nästa rubrik.

Knapphändiga domskäl, fåordad prejudikatregel: beakta att den korta prejudikatregeln kan dölja krav om uttalade tilläggsvillkor som kommer att begränsa regelns användningsområde.

Knapphändiga domskäl, fåordad prejudikatregel: om det inom den uttalade knapphändiga regeln ryms olika uttalade preciserade regler, bör dessa beaktas vid tolkningen av regeln.

Knapphändiga domskäl, fåordad motivering: åsidosätt inte en etablerad och grundläggande rättsprincip p.g.a. ett enskilt prejudikat där mycket kortfattade domskäl indikerar att rättsprincipen inte tillämpats.

Knapphändiga domskäl, uttalade omständigheter: använd en aktiv tolkningsmetod utifrån vida kunskaper och intuition om rättsläget och domstolens skrivsätt. Den aktiva tolkningen får ha konstruktiv eller destruktiv riktning beroende på vad som vill uppnås. Vidta försiktighet.

Knapphändiga domskäl, hänvisningar: görs inte hänvisning med direkt citat så studera källan noga.

Knapphändiga domskäl, hänvisningar: hänvisningar i en lista efter referatet är inte av samma prejudikatbetydelse som sådant som tagits in i själva avgörandet.

Knapphändiga domskäl, hänvisningar: ställ samman relevanta delar från de olika källor som hänvisas till, innan tolkningen fastslår vad som varit avgörande för utgången.

Knapphändiga domskäl, hänvisningar till doktrinen: tolka hänvisningar till doktrinen olika beroende på vad det är för typ av litteratur. Vid hänvisning till en praxisöversikt lägg fokus på angivna avgöranden, vid hänvisning till en mera analytisk framställning ur rättsvetenskapen utgå ifrån att HD tagit intryck av författarens åsikter.

Knapphändiga domskäl, hänvisningar: dra inte några omedelbara eller säkra slutsatser om hur HD förhåller sig till material som hänvisats till med ”jfr”. Formuleringen har använts dubbeltydigt.

Knapphändiga domskäl, aktiv tolkning: tolka alltid så långt att inre motsättningar eller samband tydliggörs. Mycket aktiv konstruktiv/destruktiv tolkning är rättfärdigad om det är nödvändigt för att göra prejudikatet användbart.

Alternativt:

Knapphändiga domskäl, passiv tolkning: lägg inte ord i HD:s mun, var försiktig och respektera gränserna för rättfärdigad prejudikattolkning.

Överflödiga domskäl, detaljriktighet eller överflödiga ratio decidendi: tolka restriktivt. Var försiktig med att betrakta detaljer som irrelevanta, ge prejudikatet istället ett smalt användningsområde. Överflödet innebär möjliga inskränkningar i senare avgöranden.

Överflödiga domskäl, överflödiga ratio decidendi: möjlighet till motsattolking om motiveringarna X och Y gör att avgörandet går i motsatta riktningar och möjligheten finns att välja båda, men domstolen väljer att endast motivera utifrån den ena, X. Tolka motsatsvis som att Y inte gäller i alla fall då X är uppfyllt.

Kasuistiska domskäl, tolkning av enskilt fall: använd aktiv, konstruktiv tolkning för att tolka fram de principiella överväganden som kan ligga bakom de kasuistiska formuleringarna.

Alternativt:

Kasuistiska domskäl, tolkning av enskilt fall: använd passiv tolkning och begränsa tolkningen till domstolens utlåtande. Leta inte efter underliggande principiella ställningstaganden som inte finns.

Kasuistiska prejudikat, allmänt hållen lagtext: tolka flera avgöranden som rör samma lagrum tillsammans och identifiera en värdehierarki bland argumenten utifrån vad domstolen lägger vikt vid i sin bedömning. Beakta att kasuistiken gör att tolkningen aldrig blir helt säker.

Felaktiga prejudikat, felaktiga antaganden av HD: vid tolkningen av det enskilda fallet formulera prejudikatregeln utifrån att det felaktiga antagandet gäller. Hur prejudikatregelns användbarhet påverkas av felaktigheten fastställs senare.

Felaktiga prejudikat: tolka restriktivt, vidta allmän försiktighet.

Alternativt:

Felaktiga prejudikat: har allmänheten inrättat sig efter avgörandet, och det inte får klart oacceptabla konsekvenser, betrakta som ett vanligt prejudikat och tolka enligt traditionella prejudikattolkningsprinciper.

Felaktiga prejudikat, gjorts om till notisfall: om avgörandet har hunnit placeras på HD:s hemsida som ett NJA-fall, alternativt om det finns skiljaktiga meningar, ge prejudikatet prejudikatvärde som om det vore ett referatfall

Felaktiga prejudikat, felaktigt återgivet gällande rätt: påverkar inte misstaget prejudikatregelns tyngd eller utformning, betrakta som ett vanligt prejudikat och tolka enligt traditionella prejudikattolkningspremissor.

Felaktiga prejudikat, motstridiga oskiljbara prejudikat: utvärdera vilket av prejudikaten som har högst prejudikatvärde och låt det äga företräde.

Alternativt:

Felaktiga prejudikat, motstridiga oskiljbara prejudikat: inskränk eller frånkänn ena alternativt båda avgörandena prejudikatvärde beroende på om välgrundad kritik kan riktas mot det ena eller båda avgörandena.

Felaktiga prejudikat, ej beaktat motargument: beakta att det missade argumentet kan uppmärksammas i framtiden genom att tolka prejudikatet restriktivt alternativt anlägg extra rekvisit till prejudikatregeln

Kritiserade prejudikat, kritik från HD: utgå ifrån att rättsläget är oklart och tillbaka till tiden innan det kritiserade prejudikatet.

Gamla prejudikat, ny lagstiftning: utgå ifrån att prejudikatet förlorat sitt prejudikatvärde, förutsatt att samtliga relevanta aspekter av lagstiftningen inte övertagits till den nya lagen.

Gamla prejudikat, senare avgöranden: utgå ifrån att senare avgöranden är av större betydelse än äldre.

Gamla prejudikat, förändrade värderingar i samhället: domskäl som fryser fast i sin samtid äger bara giltighet så länge värderingarna i samhället förblir oförändrade.

Gamla prejudikat, äldre avgöranden: större utrymme för extensiv och aktivt konstruktiv tolkning för att tolka fram de outtalade generella rättsatser som låg bakom avgörandet.

Gamla prejudikat, äldre avgöranden, fasta formuleringar: tolka utifrån den etablerade innebörd orden hade vid tidpunkten de skrevs.

Gradvis prejudikatbildning: sammanställ prejudikatserien och formulera prejudikatregeln restriktivt beaktat uttalandena i samtliga prejudikat och att framtida förändringar kan vara att vänta.

Gradvis prejudikatbildning, samma utgång: ställ samman ett tydningschema, identifiera de återkommande omständigheterna och formulera prejudikatregeln utifrån dessa omständigheter. Testa regeln mot prejudikaten ifråga, beakta att HD vid något tillfälle kan ha dömt fel.

Listan visar upp en brokig skara av ofta fritt hängande tumregler vilka i regel saknar förankring i något större system. I allmänhet är materialet sparsamt. Någon tankemodell kopplad till hanteringen av en eller flera prejudikatfaktorer liknande de för den allmänna prejudikattolkningen finns inte. Flera av tumreglerna är omgärdade med inskränkningar och uttalandena präglas av en försiktighet och återhållsamhet.

Regelkomplexet kan inte i sig sägas rättfärdiga avsaknaden av en prejudikat-tolkningsslära. Det är inte ett tillräckligt sammansatt material och det saknar mera djupgående förankringar i rättssystemet i sin helhet. Listan utgörs snarare av enstaka observationer gjorda av rättsvetenskapsmän avseende hur problem i prejudikathanteringen borde kunna angripas med gott resultat. Dyliga tumregler eller mera begränsade hanteringstips har alltid funnits

inom den svenska prejudikattolkningsläran, listan utgör i den bemärkelsen ingenting nytt.

Även om resultatet sålunda är måttligt finns det positiva sidor. Materialet går att läsa som att modellerna bakom prejudikattolkningsgrunder till stor del även fyller behovet för tolkningen av prejudikat under påverkan av prejudikatfaktorer, och att vad som behövs endast är dessa mindre anpassningar eller förtydliganden utifrån förhållandena kring prejudikatet. I det hänseendet utgör listan en basis att bygga vidare från och ett steg i rätt riktning. Vidare präglas rättsvetenskapens uttalanden av en medvetenhet om den *praktiska* problematiken kring prejudikathantering och en vilja att adressera den. Allteftersom prejudikatet blivit en naturlig del av rättskällefloran har intresset för stora teoretiska system för att rättfärdiga prejudikatets roll minskat, till förmån för mera begränsade hanteringstips. Den moderna synen på prejudikatet, som en självklar och nödvändig rättskälla, efterfrågar konkreta råd på praktiska problem som följer i och med prejudikatanvändningen. Även ur den synvinkeln är listan ett tecken på ett steg i rätt riktning.

Att utvärdera handlingsdirektivens giltighet ligger delvis utanför uppsatsens frågeställning som endast var inriktad på att identifiera hur långt rättsvetenskapen kommit. Som en kort kommentar kan dock sägas att flera av förslagen präglas av att de bygger på en relativt svag rättsvetenskaplig grund. Listan utgår i tämligen hög utsträckning från rättsideologiska åsikter om hur det borde vara snarare än gediget empiriskt stöd i praxis. Den återhållsamhet som präglar rättsvetenskapen kan även ha sin förklaring just i att teorierna ofta endast vilar på några få avgöranden omgärdade av personliga idéer.

6.1.2 Prejudikatfaktorerna och prejudikatbundenheten

Den andra aspekten på prejudikattolkning är hur prejudikatfaktorerna påverkar prejudikatvärdet. Frågan är intressant eftersom om prejudikatfaktorernas inverkan på prejudikatvärdet kan minska prejudikatbundenheten kan det i sin tur ge utrymme för friare tolkning.

Det råder inte någon formell prejudikatbundenhet i Sverige. I realiteten är dock prejudikatbundenheten som sagt stark. Utgångspunkten är att avgöranden från HD följs både av HD själv och av underinstanserna. Utredningen visar även att den utgångspunkten inte förändras av prejudikatfaktorerna. I regel följs även ett prejudikat trots påverkan av prejudikatfaktorer eftersom det är ett auktoritativt uttalande från HD.

Grunden för prejudikatbundenheten i Sverige är att den inte är absolut utan endast ska gälla *klara* och *entydiga* prejudikat. Idén går att härleda tillbaka till lagutskottets utlåtande från 1947, vari tonvikten istället lades vid tyngden bakom HD:s domskäl som grunden för bundenheten. Prejudikatfaktorerna får i sammanhanget en intressant ställning eftersom förekomsten av en prejudikatfaktor i regel har en motverkande effekt: det fördunklar prejudikaten, gör dem mångtydiga eller undergräver tyngden bakom dess domskäl. Även

de delar av rättsvetenskapen som generellt förespråkar prejudikatbundenhet medger, när de undersöker en enskild prejudikatfaktor, att situationen för handen kan tvinga fram avsteg från rådande prejudikat eller prejudikatregel.

Nedan listas exempel ur utredningen då doktrinen menat att prejudikat bör förlora, alternativt få minskat prejudikatvärde med hänsyn till förekomsten av en prejudikatfaktor.

Knapphändiga prejudikat, ej motiverat varför inte tillämpat grundläggande rättsprincip: möjligt att helt frånkänna prejudikatet värde dels då rättsprincipen inte uppmärksammas eftersom HD begått ett *misstag* dels då avgörandet *klart* gått emot en etablerad rättsprincip.

Överflödiga domskäl med obiter dicta eller onödiga ratio decidendi: minskar i regel prejudikatvärdet eftersom det ofta ger utrymme för inskränkningar i prejudikatregeln i senare avgöranden.

Felaktiga prejudikat: möjligt att inskränka alternativt helt frånkänna prejudikatet betydelse. En felaktighet behöver dock inte per se påverka prejudikatvärdet, utan typen av felaktighet spelar roll. Exempel på sådant som kan ha betydelse är om allmänheten inrättat sig efter avgörande eller om felaktigheten påverkar prejudikatregelns tyngd eller utformning.

Felaktiga prejudikat, motstridiga oskiljbara prejudikat: inskränk eller frånkänn ena, alternativt båda avgörandena prejudikatvärde beroende på om välgrundad kritik kan riktas mot ena eller båda.

Kritiserade prejudikat, kritik från HD: Prejudikatvärdet i både det kritiserade och det kritiserande avgörandet kan förlora prejudikatverkan. Avgörande blir huruvida HD gett uttryck för vilken riktning domstolen kommer att följa i fortsättningen

Kritiserade prejudikat, kritik från doktrinen: hur välgrundad och enig kritiken från doktrinen är, avgör vilken inverkan kritiken kan tänkas få på prejudikatvärdet och prejudikatets fortsatta betydelse. Kritiken kan föranleda allt från undantag till att prejudikatet helt frånkänns sin betydelse.

Kritiserade prejudikat, kritik från hjälpvetenskapen: avseende processmetodologiska prejudikat, som inte aktualiserar samma förutsebarhetsproblematik för enskilda, kan hjälpvetenskaplig forskning gälla framför HD:s uttalanden i den mån forskningen är välgrundad och äger stöd ur rättsvetenskapen eller andra rättskällor.

Gamla prejudikat, senare avgöranden: senare motstridigt prejudikat kan frånta ett äldre avgörande dess prejudikatvärde (även utanför plenum).

Även om det är en kortare lista än den under föregående avsnitt, är den av större principiell betydelse. Att kunna slå fast att det finns hål i prejudikat-

bundenheten är betydelsefullt för att visa att det fortfarande inte är tal om någon absolut bundenhet i Sverige, varken de facto eller principiellt.

Min bedömning är att det varken är troligt eller önskvärt att vi närmar oss en prejudikatbundenhet som inte lämnar utrymme till avvikelser utifrån omständigheterna i fallet. Det svenska systemets nuvarande utformning, där prejudikatbundenhet endast utgör utgångspunkten, innebär en möjlighet att plocka russionen ur prejudikatkakan. Precis som rättsläran gett upp tanken om en allomfattande prejudikatlära, borde det absoluta förhållningssättet till prejudikatet ges upp. Istället borde rättssystemet omfamna möjligheten till anpassning och ge prejudikat det utrymme de förtjänar, utifrån sin kvalitet och användbarhet. Grundinställningen att prejudikaten bör följas är bra, eftersom prejudikaten i regel är bra. Genom att inte behandla prejudikat som något mera överjordiskt än vad de är, tvingas inte rättssystemet hämmas av prejudikat som av olika anledningar inte är bra. Olämpliga prejudikat kan bortses ifrån, eller inskränkas, varefter andra prejudikat kan ges större utrymme. Förutsebarheten och likformigheten i rättssystemet störs inte mindre av att rättsordningen håller fast vid illapassande prejudikat än att de förkastas såsom lösningar, nödvändiga i det enskilda fallet, men olämpliga som stilbildande exempel.

Angående listan ska särskilda kommentarer ges avseende betydelsen av kritik från doktrinen och skiljaktiga meningar. Jag valde att ställa mig bakom möjligheten att kritik från doktrinen kan inskränka eller t.o.m. frånta ett avgörande dess prejudikatvärde. Det är dock inte en oemotsagd åsikt. Som framhållits i utredningen menar delar av rättsvetenskapen att doktrinen kritik endast kan fungera som en vädjan till HD att lägga om sin praxis. Jag menar att det vore en orimlighet att doktrinen skulle sakna möjligheten att påverka ett prejudikats efterföljande betydelse. Accepteras premissen, att situationen kan påkalla att ett prejudikat fränkänns sin betydelse, finns det både praktiska och teoretiska argument för att låta doktrinen behandling av ett avgörande inverka på prejudikatvärdet. Prejudikat och doktrin, är för sitt genomslag beroende av dess kvalitet. Det är då inte orimligt att ett enstaka prejudikat av dålig kvalitet kan få inskränkt betydelse då samstämmig doktrin av god kvalitet menar att det inte passar in. Avgöranden rättsvetenskapen kritiserar lär inte få samma genomslag i doktrinen sammanställningar eller teorier, varför de inte heller torde spela en lika framträdande roll för HD:s framtida rättsbildning.

Avslutningsvis ska en kort kommentar ges till varför kritik från skiljaktiga meningar inte återfinns i listan. Även om skiljaktiga meningar enligt äldre, traditionell rättsvetenskap utgör en typisk grund för att hävda att ett avgörande är av mindre tyngd, menar jag att det inte gäller längre. Avgöranden betraktas inte i minskad utsträckning såsom prejudikat därför att de har skiljaktiga meningar. Det är inte heller något som föranleder att ett prejudikat bortses ifrån, varken av doktrinen, underinstanser eller justitieråd. Skiljaktiga meningar är snarare ett tolkningsinstrument, både i bemärkelsen att de skärper domskälens kvalitet och att de kan tydliggöra aspekter av domen som inte framgår av majoritetens motivering.

6.2 Det goda prejudikatet, ett försök till prejudikatlära

Betydelsen av att prejudikaten är klara, entydiga och användbara har redan understrukits. Såväl prejudikatets ställning som rättskälla som prejudikat-tolkningen utgår ifrån det *goda prejudikatet*. Några närmare regler om hur ett prejudikat borde vara utformat för att utgöra ett gott prejudikat finns dock inte. I uppsatsens avslutande avsnitt ska varje prejudikatfaktor analyseras för att se vad de kan säga om hur det goda prejudikatet borde vara utformat för att bli så användbart som möjligt. Avsnittet avslutas med en konklusion som sammanfattar kärnpunkterna i försöket att formulera en prejudikatlära.

Knapphändiga domskäl

Även om det är en självklarhet att domskäl inte ska vara knapphändiga, är det svårt att säga hur det ska motverkas. Knapphändighet är ofta nära förankrat med oklarheter som följer i och med att domar är kortfattade. Att kräva längre domskäl är dock knappast lösningen. Mycket goda domar är inte sällan kortfattade, och de enklaste prejudikatreglerna med störst användningsområde omgärdas ofta av få inskränkande omständigheter.

Ifråga om domskälens längd ligger lösningen i ett mellanläge där för kortfattade motiveringar ofta lämnar frågor obesvarade eller skapar för oinskränkta prejudikatregler och för långa domskäl lätt blir kasuistiska eller överproblematiserande. Problemen kopplade till såväl de knapphändiga som överflödiga domskälen, och även i viss mån de kasuistiska, ger denna balansgång, där det är möjligt för HD att falla över åt endera hållet.

En form av otillåten knapphändighet är medvetet fördunklande genom oklara formuleringar. Det kan vara legitimt att HD formulerar en prejudikatregel utifrån en intuitiv uppfattning av vad som är rätt, utan att ha tiden eller förmågan att uttrycka vad som motiverat denna känsla. Istället för att medvetet dölja de oklara delarna av ett sådant avgörande bör HD acceptera att domstolen inte förmått producera ett vägledande avgörande i det här fallet och överväga att placera domen bland notisfallen. Referatfall med dunkla domskäl gör ofta mer skada än nytta.

Knapphändighet i form av bristande hänvisningar är ett inkosekvensproblem relaterat till avsaknaden av regler eller fast sedvana. Oavsett vad domstolen hänvisar till, skulle tolkningsproblematiken underlättas av att det gjordes efter ett bestämt mönster med en bestämd innebörd. Vad gäller hänvisningar *inom* ett referat finns det inget principiellt hinder mot att helt överge det till förmån för att HD i sina domskäl återger allt vad domstolen vill ska omfattas av domskälen. Utöver minskad arbetsbelastning för HD, vinner ett prejudikat ingenting på hänvisningar inom referatet. Angående hänvisningar till material *utanför* referatet bör det ske genom en fastställd hänvisningsteknik, med en hänvisningsterminologi som har en bestämd innebörd. Likformigheten skulle på ett enkelt sätt främja klarhet och entydighet hos prejudikaten.

Överflödiga domskäl

Angående överflödiga domskäl har redan framhållits att det är en avvägningsfråga, och att utförliga domskäl kan bli överflödiga. Eftersom utförligheten i regel gör det enklare att identifiera domslutets bakomliggande värderingar är den dock önskvärd så länge domstolen även är tydlig med vilken vikt som ska fästas vid domskälens olika delar. Utförliga förklaringar utan någon självklar relation till prejudikatregeln, leder till skadlig osäkerhet.

En stor del av problematiken kring överflödigheten är att det medför en möjlighet till inskränkning vilken ofta får genomslag i den efterföljande prejudikatbildningen. Kunde distinguishingtendenserna utifrån ytliga olikheter minska till förmån för klara uppgörelser i HD:s prejudikatbildning, skulle en aspekt av problematiken kring överflödiga domskäl försvinna. Domstolen kunde då ägna större plats åt att förklara sina skäl utan att riskera att begränsa prejudikatregeln. Samtidigt skulle det innebära en möjlighet för uttolkaren att formulera prejudikatregeln, eller fastslå *ratio decidendi* utifrån prejudikatets verkliga kärna, istället för att i försiktighetens namn hänga upp avgörandet på allt som omnämns i domen.

En annan aspekt av att utförlighet i sig inte är av godo är *obiter dicta*. *Obiter dicta* tillför ingenting till prejudikatregeln, eller till domens värde, utan ökar bara osäkerheten kring utförliga domskäl. Medvetna *obiter dicta*, sådant som uttalat eller uppenbart inte rör fallet ifråga, bör hänskjutas till särskilda yttranden. Särskilda yttranden är ett ypperligt forum för HD att vädra dylika åsikter. Uttalandena kan då ges den betydelse de förtjänar utan att skymma själva domen.

HD:s medvetet fördunklande skrivsätt kan även ta sig uttryck i överflödiga formuleringar. Alla former av hattar är skadliga för prejudikatvärdet, oavsett om de skapas genom en dunkel formulering eller flera alternativa *ratio decidendi*. Att justitieråden inte kan enas avseende domskälens formulering bör inte tillåtas gå ut över prejudikatet i sin helhet. Ett sätt att kringgå den problematiken är att inte kräva enighet ifråga om domskälens utformning, utan endast domslutet. Ett prejudikat skulle då kunna bestå av flera olika motiveringar vilka nådde samma slutsats. Det är möjligt att se flera brister i ett sådant system: istället för *en* oklar prejudikatregel, skulle prejudikatet få *flera*. Varje enskild formulering skulle då kunna vara klar i sig, men eftersom den ställdes mot flera andra klara formuleringar, skulle inget vara vunnit. Återigen är det dock en fråga om att premiera öppenhet. Är prejudikatfrågan oklar, finns det en principiell och praktisk poäng i att redovisa det. Att förmedla flera formuleringar som allmänheten och rättsvetenskapen kan ta ställning till skulle kunna vara ett sätt att öka transparensen.

Kasuistiska domskäl

Utgångspunkten måste vara att för att ett avgörande ska kunna sägas utgöra ett prejudikat måste det ha en mera generell formulering än att förutsättningarna för prejudikatregeln aldrig kommer att upprepas. I situationer där

endast en mycket snäv prejudikatregel kan formuleras bör HD överväga att istället publicera avgörandet som ett notisfall.

Det går dock inte att generellt ta avstånd från kasuistiska prejudikat, utan det blir nödvändigt att göra en distinktion mellan två olika typer av fall. I det ena typfallet används kasuistik i distinguishingssyfte. I dessa fall finns möjligheten att göra en mera generell formulering eller uppgörelse med tidigare praxis, men domstolen undviker det genom att formulera kasuistiska domskäl. Denna typ av avgöranden är i regel förkastliga. De blir för smala för att ge vägledning i någon större utsträckning, samtidigt som de skapar osäkerhet eftersom de reser frågetecken avseende hur avgörandet påverkar etablerade prejudikatregler.

Den andra typen av prejudikat med en mera kasuistisk dragning är de som relaterar till generalklausuler eller allmänt hållen lagtext. I dessa fall aktualiseras inte samma problematik. Syftet med prejudikaten är då att illustrera typfall kopplade till lagrummet vilka tillsammans kan skapa en värdehierarki bland argumenten. Rangordningen av vilka omständigheter som har visat sig vara relevanta eller av överordnad betydelse i enskilda avgöranden ersätter den prejudikatregel rättsordningen varit oförmögen att formulera. I dessa fall är kasuistiska formuleringar det bästa sättet för domstolen att ge vägledning i rättsfrågor som ytterst måste bedömas från fall till fall.

Felaktiga prejudikat

Felaktiga, eller irrationella, prejudikat bör givetvis i görligaste mån undvikas. Ett sätt att motverka fel är grundligt utredningsarbete som hindrar motsägelser eller dåligt underbyggda prejudikat. Felaktigheter är dock en oundviklighet, och problematiken ligger snarare i hur dessa prejudikat hanteras i efterhand än att de förekommer.

Alla typer av felaktigheter behöver inte innebära att ett prejudikat fränkänns sitt prejudikatvärde. Detta följer av att alla former av fel inte inverkar på avgörandets kvalitet eller användbarhet. HD:s uttalanden kan i lika hög grad vara av betydelse för rättsbildningen trots formella fel. Prejudikatbristen tillåter inte att HD placerar avgöranden bland notisfallen endast p.g.a. irrelevanta felaktigheter.

Det är samtidigt viktigt att det finns en lättillgänglig ventil för att hantera felaktiga prejudikat eller prejudikat under påverkan av felaktigheter som stör harmonin i rättssystemet. Ett hinder mot en smidigare hantering av felaktigheter i prejudikatfloran är plenuminstitutet. Behovet av plenumreglerna är inte självklart. Reglerna är avsedda att främja förutsebarheten och konsekvensen i HD:s rättsbildning. De utgör dock ingen *garanti* för någondera eftersom de inte medför något absolut tvång för HD att genomföra avbrott i praxis i plenum. Behovet av den mera begränsade förutsebarhetsgaranti institutet ger är samtidigt osäkert. Förutsebarheten i Sverige är generellt god, och när den inte är det beror det lika ofta på osäkerheten som följer av dåliga prejudikat som att domstolen skulle agera inkonsekvent. Plenumbestämmelsernas största inverkan på rättsbildningen är att de utgör ett incitament

för distinguishingoperationer och kasuistiska domskäl, vilka är faktorer som i sig skapar osäkerhet. Inte minst genom att de minskar förutsebarheten.

Det är värt att understryka att problematiken kring plenumbestämmelserna inte bara är relaterad till felaktigheter i avgöranden. Den gradvisa prejudikatbildningen, de oklara formuleringarna i knapphändiga eller kasuistiska avgörandena, eller att gamla prejudikat länge får genomslagskraft påverkas också av att HD inte anser sig ha mandat att göra upp med sitt förflutna utanför plenum.

Hade plenumbestämmelserna tagits bort, eller reformerats, hade det förenklat nedmonteringen av olämpliga prejudikat. HD:s respekt för förutsebarheten hade medfört att ett betydande rättssäkerhetsskydd sannolikt stod kvar, även om domstolen gavs större manövreringsutrymme.

Kritiserade prejudikat

En reformering av plenumreglerna hade möjligtvis också fått den önskvärda effekten att HD i minskad utsträckning ägnade sig åt att kritisera sina egna avgöranden utan att klart bryta med dem. Att HD utvärderar sin egen praxis är välkommet så länge domstolen också tar fasta på sin kritik och skapar prejudikatregeln utifrån den. Kvar annars blir en osäkerhet som minskar användbarheten och värdet hos samtliga berörda prejudikat.

All kritik från HD är dock inte av ondo. Följs kritiken upp med ett klart ställningstagande och en uppgörelse är det tvärtom bra när domstolen förklarar att praxis har hamnat fel. Och i likhet med särskilda yttranden, gynnas prejudikat ofta av kritiserande skiljaktiga meningar. Skiljaktiga meningar fyller en förklarande funktion och en tolkningsfunktion utan att fördunkla avgörandet.

Att de skiljaktiga meningarna fungerar så väl understryker också värdet av formaliserade regler för domens utformning. När ett inslag i domskälen är institutionaliserat, är det möjligt att värdera utifrån vad det är, och vilken inverkan det är tänkt att ha på prejudikatregeln.

Gamla prejudikat

Att prejudikat påverkas av tiden är i sig en oundviklighet. Prejudikat kommer att bli gamla och obsoleta. Att HD undviker att binda upp domskälen vid motiveringar som fryser fast i sin samtid, och istället identifiera den bakomliggande rättsliga värderingen är givetvis önskvärt. Är det endast ur föränderliga grunder domstolen kan rättfärdiga sitt domslut är det dock inte mycket att göra åt saken.

Gradvis prejudikatbildning

Avslutningsvis ska den gradvisa prejudikatbildningen beröras. Precis som vid kasuistiska prejudikat är frågan tudelad. Vissa frågor kan av nödvändighet endast utkristalliseras genom en serie av avgöranden, exempelvis bedömningen av barnets bästa i FB. Den gradvisa prejudikatbildningen utgör här inte något problem. Avgörandet medför ingen rättsosäkerhet eftersom

det inte är möjligt att skapa rätt på något annat sätt än genom att lägga samman bedömningar i det enskilda fallet. Det är inte möjligt för domstolen att identifiera, beakta och rangordna samtliga argument i ett enda avgörande. Prejudikatregeln måste skapas sammantaget utifrån flera fall.

Gradvis prejudikatbildning är problematisk först när den leder till osäkerhet. Domslut som innebär en gradvis inskränkning istället för en uppgörelse eller ett halvt steg i en ny riktning istället för klara besked renderar rättsosäkerhet. Det är möjligt att argumentera för att även denna typ av prejudikatbildning är oundviklig eftersom domstolen önskar att inte gå för snabbt fram, eller inte är säker på vilken väg som är rätt att gå. Ur tanken om det goda prejudikatet vore prejudikaten dock värdefullare om HD i högre utsträckning utformade dem för att kunna stå på egna ben och själva förklara sin plats och relevans. Återigen kan en lämplig lösning vara att hänvisa dylika gradvisa avgöranden till notisfallen innan domstolen blivit säkrare på vart den vill ta praxis.

Konklusion

Prejudikatfaktorerna förmår inte ge någon entydig lärdom avseende hur ett gott prejudikat ska vara utformat. Utformningen blir precis som tolkningen beroende av situationen prejudikatet har satts att lösa.

Prejudikatfaktorerna illustrerar dock några aspekter av problematiken kring ett prejudikats utformning, vilka kan vara värdefulla att bära med sig. En sådan lärdom är att formeln till det goda prejudikatet lika mycket ligger i *prejudikathanteringen* som i *prejudikatformuleringen*. Ett exempel på relationen dem emellan är avvägningen avseende hur utförlig HD ska vara i sin motivering av prejudikatregeln. Kommer domstolen i den efterföljande användningen av prejudikatet inskränka prejudikatregeln genom att ta fasta på ytligheter i domskälen, bör motiveringen hållas kort för att begränsa sådana operationer. Genomför HD dock *distinguishing* endast med utgångspunkt i reella och meningsfulla skillnader ger det utrymme för en utförligare motivering som kan förenkla tolkningen.

Vad gäller prejudikathanteringen bör HD:s rädsla för att göra upp med sin egen praxis, och värn om förutsebarheten, skjutas tillbaka till förmån för öppenhet och tydlighet. Kasuistik och gradvisa prejudikat bör inte användas i *distinguishing*syfte, utan endast när rättsregeln avgörandet relaterar till kräver rättsbildning genom sammanställning av flera typfall. Som ett led i förändringen mot öppenheten och tydligheten bör plenuminstitutet ses över. Den nuvarande utformningen uppmuntrar *distinguishing*operationer utifrån ytliga olikheter framför brytningar med praxis som inte längre borde äga tillämpning. I sin nuvarande form leder plumbestämmelserna till större skada, i form av osäkerhet och förutsebarhetsproblematik, än nytta.

Angående prejudikatets utformning i sin helhet är det en balansgång mellan för korta och för långa, för detaljerade och för vaga etc. Var gränsen går, påverkas som sagt av hur HD:s prejudikathantering utvecklas; hur utförliga

domskälen bör vara är direkt kopplat till vad HD lägger vikt vid i sin efterföljande användning av fallet.

Vad gäller utformningen av prejudikatregeln bör den vara tydlig, och inte inskränka mer än vad som är nödvändigt för att fungera tillsammans med regler domstolen vill ska äga tillämpning även i fortsättningen. Prejudikatregelns motivering får gärna vara utförlig och förklara vilka grundläggande värderingar regeln bygger på. Utsvävande principiella diskussioner, utan direkt koppling till fallet, bör vara hänvisade till särskilda yttranden.

Vissa problem kan rensas ut genom enhetlig hantering. Enklaste sättet att uppnå det är sannolikt genom att regler eller fast sedvana etableras. Att hänvisningar görs på samma sätt, att medvetna obiter dicta uteslutande placeras bland särskilda yttranden och att självkritik från HD hanteras konsekvent, är några sådana exempel.

Domstolens fördunklande domskrivning bör upphöra till förmån för öppenhet och uppriktighet. Oavsett om det är oförmåga, osäkerhet eller oenighet som ligger bakom, är det lämpligare att domstolen redovisar oklarheten eller blir villigare att placera dylika avgöranden bland notisfallen.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

- Eriksson, Per *Att skapa rätt – hovrättens prejudikatbildning*, Hämtat från: <http://www.exton.net/UPLOADS/jur-info/Att-skapa-ratt-hovrattens-prejudikatbildning.html> den 2 februari 2011.
- JO 1961-62 s. 145 D Anteckningar rörande iakttagelser vid inspektion m.m. Åklagarväsendet. Justiteombudsmannens ämbetsberättelse.
- JO 1984/85 s. 410 Olämpligt skrivsätt i en dom av en länsrätt. Justiteombudsmannens ämbetsberättelse.
- Prop. 2004/05:131 En modernare rättegång - reformering av processen i allmän domstol.
- SOU 1986:1 Översyn av Rättegångsbalken 2: Högsta domstolen och rättsbildningen.
- Zeteo Zeteo, Norstedts Juridik, lagkommentar till rättegångsbalk (1942:740) 3 kap. 6 §, hämtat den 24 februari 2011 från: <http://zeteo.nu.se.ludwig.lub.lu.se/ppa/template.htm?view=main>

Litteratur

- Bergholtz, Gunnar *Ratio et auctoritas: ett komparativrättsligt bidrag till frågan om domsmotiveringens betydelse främst i tvistemål*, Lund, 1987 [cit. Bergholtz 1987].
- Bergholtz, Gunnar ”Diffamerande uttalanden i domskäl – Några reflexioner med anledning av den s.k. styckmordsrättegången.” I: *Process och exekution - vänbok till Robert Boman*, Göteborg, 1990 [cit. Bergholtz 1990].
- Bolding, Per Olof *Juridik och samhällsdebatt*, Stockholm, 1968.
- Bernitz, Ulf ”Bättre rättskällor – Reflexioner över lagboken, rättsfallssamlingarna, betänkandena och depar-

- tementspromemorierna”. I: *Svensk Juristtidning* 1976 s. 81-109
[cit. Bernitz 1976].
- Bernitz, Ulf, *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*, 11:e uppl., Stockholm, 2010
Heuman, Lars, [cit. Bernitz m.fl.].
Leijonhufvud, Madeleine,
Seipel, Peter
Warnling-Nerep, Wiweka
- Eckhoff, Torstein *Rettskildelære*, 5:e uppl., Oslo, 2001.
Helgesen, Jan E
- Eek, Hilding, *Juridikens källmaterial*, 9:e uppl., Stockholm, 1979.
Grönfors Kurt,
Hellner Jan,
Thornstedt Hans,
Vahlén Lennart,
Welamson Lars
- Ekelöf, Per-Olof *Rättegång VI*, 3:e uppl. Stockholm, 1994.
Welamson, Lars
- Fleischer, Carl August *Anvendelse og fortolkning av dommer*, Oslo, 1981 [cit. Fleischer 1981].
- Fleischer, Carl August *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo, 1998 [cit. Fleischer 1998].
- Gregow, Torkel ”Några synpunkter på frågan om prejudikats bindande verkan”. I: *Festskrift till Gösta Walin*, Stockholm, 2002 [cit. Gregow 2002].
- Gregow, Torkel ”Antalet ledamöter i Högsta domstolen och prejudikatfrågor m.m.”. I: *Svensk Juristtidning* 2004 s. 402-406 [cit. Gregow 2004].
- Hellner, Jan *Rättsteori: en introduktion*, 2:a uppl., Stockholm, 1994 [cit. Hellner 1994].
- Hellner, Jan *Metodproblem i rättsvetenskapen: studier i förmögenhetsrätt*, Stockholm, 2001.
- Heuman, Lars ”Högsta domstolens prejudikatnedbrytande verksamhet”. I: *Festskrift till Per Olof Bolding*, Stockholm, 1992 [cit. Heuman 1992].

- Heuman, Lars ”Hjälpvvetenskapernas betydelse för rättstillämpningen och rättsvetenskapen”. I: *Juridisk Tidskrift* 2005-06 s. 768-789 [cit. Heuman 2005].
- Heuman, Lars ”Tolkning av prejudikat som bygger på felaktig rättstillämpning”. I: *Festskrift till Rune Lavin*, Lund, 2006 [cit Heuman 2006].
- Heuman, Lars ”Prejudikattolkning av kortfattade domar och betalning som eftergift”. I: *Juridisk Tidskrift* 2006-07 s. 592-617 [cit. Heuman 2007].
- Hjerner, Lars A E *Om rättsfallstolkning*, 2:a uppl., Stockholm, 1982.
- Håstad, Torgny ”Om skiljaktiga meningar”. I: *Festskrift till Per Henrik Lindblom*, Uppsala, 2004.
- Kleineman, Jan ”Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla”. I: *Juridisk Tidskrift* 1994-95 s 621-646.
- Knutsson, Anders ”Om särskilda yttranden i HD”. I: *Festskrift till Bertil Bengtsson*, Stockholm, 1993.
- Lehrberg, Bert *Praktisk juridisk metod*, 6:e uppl., Uppsala, 2010.
- Lind, Johan ”Rättsfallsanalyser – Recension eller analys? I: *Juridisk Tidskrift* 1995-96 s. 232-240.
- Lindskog, Stefan *Skiljeförfarande: en kommentar*, Stockholm, 2005.
- Melander, Joel
Samuelsson, Jan *Tolkning och tillämpning*, 2:a uppl., Uppsala, 2003.
- Peczenik, Aleksander *Juridikens metodproblem: rättskällelära och lagtolkning*, 2:a uppl., Stockholm, 1980 [cit. Peczenik 1980].
- Peczenik, Aleksander: *Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära*, Stockholm, 1995 [cit. Peczenik 1995].
- Peczenik, Aleksander *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Stockholm, 1995. [cit. Peczenik Vad är rätt?].

- Peczenik, Aleksander ”Juridikens allmänna läror”. I: *Svensk Juristtidning* 2005 s. 249-273 [cit. Peczenik 2005].
- Rodhe, Knut ”Beskrivning - prognos - rekommendation - en trosbekännelse”. I: *Juridisk Tidskrift* 1996-97 s. 1-4.
- Strömholm, Stig ”En stillsam revolution – utvecklingstendenser i den svenska Högsta domstolens argumentationsteknik efter 1971 års fullföljdsreform”. I: *Lov og frihet. Festskrift til Johs. Andenæs*, Oslo, 1982 [cit. Strömholm 1982].
- Strömholm, Stig ”Behövs en prejudikatlära? Vittnesbörd från Common. Law”. I: *Festskrift till Jan Hellner*, Stockholm, 1984 [cit. Strömholm 1984].
- Strömholm, Stig ”En svensk prejudikatlära: behov och möjligheter”. I: *Svensk Juristtidning* 1984 s. 923-945 [cit. Strömholm En svensk prejudikatlära].
- Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära*, Stockholm, 1996 [cit. Strömholm 1996].
- Thews, Björn ”Det allmänna rättsmedvetandets inflytande vid rättstillämpning – en empirisk studie”. I: *Juridisk Tidskrift* 2007-08 s. 535-551.
- Thornstedt, Hans *Om rättsvillfarelse: en straffrättslig undersökning*, Stockholm, 1956.
- Victor, Dag ”Högsta domstolen och prejudikaten – särskilt på straffrättens område”. I: *Festskrift till Nils Jareborg*, Uppsala, 2002.
- Welamson, Lars ”Svensk rättspraxis”. I: *Svensk Juristtidning* 1989 s. 497-652.
- Wennberg, Suzanne ”Vett och etikett i fråga om rättsfallsanalyser”. I: *Juridisk Tidskrift* 1995-96 s. 983–986.
- Westberg, Peter ”Prejudikattolkningens ABC”. I: *Normativa perspektiv: Festskrift till Anna Christensen*, Lund, 2000 [cit. Westberg 2000].
- Westberg, Peter ”Överraskande rättsbildning på grundval av handelsbruk eller allmänt tillämpade standardvill-

kor? – några reflexioner i anledning av NJA 1998 s 448 och 1999 s 629”. I: *Juridisk Tidskrift* 2000-01 s. 348-379
[cit. Westberg 2001].

Wiwen-Nilsson, Tore

”HD:s rättsbildning – Några ytterligare reflexioner i anledning av NJA 1998 s. 448 och 1999 s. 629”. I *Juridisk Tidskrift* 2001-02 s. 222-229.

Zahle, Henrik

Rettens kilder, Köpenhamn, 1999.

Rättsfallsförteckning

NJA 1948 s. 554
NJÄ 1949 s. 609
NJÄ 1951 s. 1
NJÄ 1953 s. 56
NJÄ 1964 s. 97
NJÄ 1965 s. 398
NJÄ 1969 s. 285
NJÄ 1972 s. 253
NJÄ 1975 s. 280
NJÄ 1980 s. 46
NJÄ 1980 s. 203
NJÄ 1983 s. 510
NJÄ 1984 s. 733
NJÄ 1986 s. 83
NJÄ 1986 s. 187
NJÄ 1986 s. 712
NJÄ 1987 s. 189
NJÄ 1987 s. 780
NJÄ 1988 s. 40
NJÄ 1988 s. 396
NJÄ 1989 s. 215
NJÄ 1989 s. 456
NJÄ 1990 s. 361
NJÄ 1991 s. 363
NJÄ 1992 s. 679
NJÄ 1993 s. 41 I
NJÄ 1993 s. 41 II
NJÄ 1993 s. 324
NJÄ 1994 s. 194
NJÄ 1994 s. 624
NJÄ 1998 s. 448
NJÄ 1998 s. 675
NJÄ 1999 s. 629
NJÄ 2001 s. 404
NJÄ 2001 s. 177
NJÄ 2003 s. 3
NJÄ 2004 s. 19
NJÄ 2004 s. 213
NJÄ 2005 s. 205
NJÄ 2007 s. 86

NJÄ 2005 not 8