



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Ellen Palmgren

En hjälpande hand eller en bindande rättsregel?

En rättsvetenskaplig studie om förhållandet mellan prejudikatet och rättstillämparen

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Per Nilsén

HT 2021

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Avgränsningar	7
1.4 Metod och material	8
1.5 Forskningsläge	9
1.6 Disposition	9
2 VAD ÄR GÄLLANDE RÄTT?	11
2.1 Den svenska rättskälleläran	11
2.2 Prejudikatets plats i normhierarkin	12
3 PREJUDIKATSBUNDENHET ENLIGT GÄLLANDE RÄTT	13
3.1 Kort historisk bakgrund innan fullföljdsreformen	13
3.2 Prejudikatsbundenhet enligt lagreglering	14
3.3 Prejudikatsbundenhet enligt lagförarbeten	14
3.4 Prejudikatsbundenhet enligt rättspraxis	16
3.5 Prejudikatbundenhet enligt doktrin	16
3.5.1 Aleksander Peczenik	16
3.5.2 Stig Strömholm	18
3.5.3 Lars Heuman	19
3.5.4 Johan Lind	20
3.5.5 Peter Westberg	21
3.5.6 Johan Munck	22
3.5.7 Christina Ramberg	22
3.5.8 Petter Asp	23
4 SANKTIONER VID ÅSIDOSÄTTANDE AV PREJUDIKAT	26
4.1 Skadestånd	26

4.2	Tjänstefel	27
5	ANALYS	30
5.1	Bunden, obunden eller något där emellan...	30
5.2	...Oavsett prejudikat?	33
5.3	Avslutande kommentarer	34
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	36

Summary

Since 1971 the Swedish Supreme Court has had the main task of leading the judiciary, through its precedents. As a source of law, precedents also have become increasingly more important. However, it's still unclear how a precedent act as a source of law in relation to the judge. The thesis aims to clarify this issue, with special focus on precedents' binding effect.

The premise is that the general view of what constitutes the Swedish legal system, among the ones who work in it, shapes its prevailing law. Therefore, the study follows the legal sources pertinent to the issues at hand, designated by the legal dogmatic doctrine. Legal literature is of particular importance, as other sources of law do not provide any definitive answers. Particularly distinctive works of literature that emphasize different perspectives and theories are addressed for a critical approach.

Precedents are not formally binding in Swedish law, in the sense that there are no legal rules prescribing that a precedent must be followed. The preparatory work behind the prevailing law do not discuss the issue of precedents binding effect. In a central decision, NJA 1994 s. 194, the Supreme Court states that precedents are not binding but still of great importance.

In the legal literature some argue that precedents are persuasive but not binding, while others argue that precedents have some binding influence even if they do not have a formal binding effect. Petter Asp states that no source of law can be unconditionally binding, which other scholars assume, it can only be required that a source of law is taken into account. The legal literature also discusses whether precedents should be adopted to the extent that they are rationally justified or whether they should be followed unconditionally because they are authoritative.

The thesis further examines whether sanctions can follow when a judge incorrectly chooses not to apply a precedent, focusing on liability for damages and misconduct liability.

The thesis finds that Swedish prevailing law only requires that precedents are taken into account in the individual case. Furthermore, a precedent may provide binding information since legal sanctions in the event of incorrect disregard of a precedent cannot always be ruled out. How a judge should relate to precedent may also differ depending on the present.

Sammanfattning

Sedan 1971 års fullföljdsreform har HD tjänat som en närmast renodlad prejudikatinstans. Som rättskälla har prejudikaten fått en ökad betydelse. Men hur rättstillämparen ska förhålla sig till prejudikatet som rättskälla är en fortsatt oklarhet. Uppsatsen syftar att tydliggöra för just detta, med särskilt fokus på frågan om prejudikatsbundenhet.

Framställningen utgår från premissen att gällande rätt utformas efter hur den allmänna uppfattningen ser ut hos rättsordningens aktiva jurister. Därför följer utredning de av rättskälleläran utpekade rättskällorna som är aktuella för frågeställningarnas vidkommande. Den juridiska doktrinen är av särskild betydelse, då övriga rättskällor inte ger några definitiva svar. För en kritisk infallsvinkel diskuteras särskilt utmärkande verk på området som framhåller olika perspektiv och teorier.

Av framställningen framgår tydligt att en formell bundenhet, innebärande att ett lagstadgat krav att följa prejudikat, inte finns enligt svensk gällande rätt. I motiven bakom HD:s ökade prejudikatbildning diskuteras förvånansvärt nog inte frågan om prejudikatbundenhet. I NJA 1994 s. 194, ett centralt rättsfall för uppsatsen, anför HD att prejudikat inte är bindande men ändå av en stor betydelse.

I doktrinen hävdar somliga att prejudikat inte är bindande utan endast vägledande, medan andra anför att prejudikat även utan formell bundenhet uppnår en viss grad av bindande verkan. Petter Asp anför i stället att ingen rättskälla kan vara ovillkorligt bindande, vilket övriga utgår ifrån, utan det kan endast ställas krav på att en rättskälla beaktas. I doktrinen diskuteras vidare om prejudikat ska följas i den utsträckning de är rationellt motiverade eller oavsett rationalitet på grund av att de är auktoritativa.

Framställningen fortgår i en närmare genomgång av rättsliga sanktioner och om sådana kan följa då en rättstillämpare felaktigt väljer att inte tillämpa ett prejudikat. Fokus ligger på skadeståndsansvar enligt skadeståndslagen och tjänstefelsansvar enligt brottsbalken.

Uppsatsen finner att svensk gällande rätt endast kan uppställa krav på att prejudikat i det enskilda fallet ska beaktas. Med anledning av att rättsliga sanktioner vid felaktigt åsidosättande inte torde vara uteslutet kan prejudikatet, om det anses vara tillämpligt, lämna bindande besked. Hur rättstillämparen ska förhålla sig mot ett prejudikat kan vidare skilja sig åt beroende på prejudikatet i fråga.

Förkortningar

BrB	Brottsbalken (1962:700)
HD	Högsta domstolen
JO	Justitieombudsmannen
1 LU	Riksdagens första lagutskott
Prop	Proposition
RB	Rättegångsbalken (1942:740)
RF	Regeringsformen (1974:152)
SkL	Skadeståndslagen (1972:207)
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund

För den som läst några terminer på juristprogrammet kan det inget annat än stå klart att när vi avlägger vår juristexamen ska vi lärt oss bemästra *den juridiska metoden*. Med detta menas i kort att den verksamme juristen ska kunna peka ut och tillämpa gällande rätt på en konkret situation.

Till gällande rätt hör bland annat HD:s prejudikat. Ett prejudikat kan nog enklast beskrivas vara ett avgörande som ska tjäna som förebild för efterföljande rättstillämpare, förutsatt att det accepteras av rättsordningen i fråga. Att den svenska rättsordningen erkänner att vissa avgöranden ska fungera som prejudikat följer av att HD sedan 1971 års fullföljdsreform är en nästintill renodlad prejudikatinstans. 54 kap. 10 § RB förskriver att HD ska pröva frågor som är ”av vikt för ledning av rättstillämpningen”. Men någon mer djupgående förklaring av denna formulering finner vi inte i lagstiftningen, varför man kan ställa sig frågande till vad som faktiskt menas med *ledning av rättstillämpningen*. Ska man anta att begreppet ledning är synonymt med en frivillig vägledning, eller i stället en given order?

För den verksamme juristen som spenderar stor del av sitt arbetsliv med att tillämpa den juridiska metoden kommer prejudikatet alltså vara av nämnvärd betydelse. Och det är därför av vikt att veta hur en ska förhålla sig till prejudikatet som rättskälla.

1.2 Syfte och frågeställningar

Framställningen syftar till att utröna en svensk prejudikatlära, med särskilt fokus på vad denna säger om rättstillämparens bundenhet eller kanske snarare icke-bundenhet till prejudikat. Det kommer därför göras en utredning om vad gällande rätt säger om användningen av prejudikat som rättskälla. För att få ledning i ämnet syftar uppsatsen att utreda om sanktion kan aktualiseras vid åsidosättande av prejudikat. För att tillgodose dessa syften kommer följande frågeställningar besvaras:

- Hur ska en efterföljande rättstillämpare förhålla sig till Högsta domstolens prejudikat enligt gällande rätt?
- Görs det någon skillnad mellan olika prejudikat?
- Kan ett åsidosättande av ett prejudikat leda till några rättsliga konsekvenser?

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen kommer ha sin utgångspunkt i den prejudikatskapande verksamheten som HD ägnar sig åt, med anledning av uppsatsens begränsade omfattning. Detta innebär att Högsta förvaltningsdomstolen och dess prejudikat inte kommer behandlas.

Det finns många intressanta frågor som aktualiseras vid en utredning av en eventuell svensk prejudikatlära. Som exempel kan nämnas diskussion kring möjliga metoder för rättsfallstolkning och utläsning av prejudikatet ur domstolens domskäl. Dessa frågor kommer inte att behandlas.

1.4 Metod och material

Uppsatsens frågeställningar medför att *den rättsdogmatiska metoden* lämpas som tillvägagångssätt. Metoden syftar förklara det rättsliga läget genom att applicera rättsregler på ett rättsligt problem.¹ Det rättsliga problemet i fråga är hur den svenska prejudikatsbundenheten ser ut.

För att lösa rättsliga problem enligt vald metod måste gällande rätt att studeras. Enligt rättskälleläran pekas lagstiftning ut som en av de primära och främsta rättskällorna. På flera rättsområden finns ingen lagstiftning eller endast en knapphändig sådan. Svar får då sökas ur lagförarbeten och rättspraxis som båda intagit stark ställning som rättskälla. Den juridiska doktrinen har länge varit ett verktyg för att förstå och tolka gällande rätt men anses numera även vara en självständig rättskälla.²

Uppsatsen kommer vidare utgå från ett *kritiskt perspektiv*. Med detta menas inte att argument kommer föras kring hur gällande rätt borde se ut.³ I stället ägnar uppsatsen att beskriva vad gällande rätt är samtidigt som den kritiskt granskar hur andra har förklarat sig lösa samma rättsliga problem.

Uppsatsen ter sig således även rättsanalytisk då den presenterar alternativ lösning på det rättsliga problemet, som inte ännu kan anses vara löst.⁴

Läsaren kommer snabbt inse att lagstiftning som rör prejudikat är knapp, varför övriga rättskällor kommer vara av särskild betydelse. Lagförarbeten kommer behandlas för att ge bakgrund till dagens reglering. Vidare kommer HD:s avgöranden behöva studeras.

Uppsatsens begränsade omfattning innebär tyvärr att alla som behandlat området i doktrinen inte kommer ges utrymme. Urvalet har gått till enligt

¹ Kleineman (2018) s. 21 ff.

² Bernitz (2020) s. 30 ff.

³ Jfr. Kleineman (2018) s. 40.

⁴ Kleineman (2018) s. 36.

följande. Framställningen utgår från verk som publicerats efter fullföljdsreformen och redogör för dem i kronologisk ordning. Doktrinen reagerar ofta på och utgår från tidigare verk varför uppsatsen begränsas till de verk som i debatten utmärkt sig som särskilt tongivande och som framhåller olika perspektiv och teorier. Allt material avses inte användas till alla frågeställningar.

1.5 Forskningsläge

Sedan dess att HD ägnar sig nästan uteslutande åt prejudikatbildning har det i doktrinen diskuterats vitt om det finns någon etablerad svensk prejudikatlära och hur den borde utformas.

Vad gäller prejudikatsbundenhet är det något som diskuterats, om än oftast i förbifarten, och det finns delade syner på frågan. Vi finner både uttalanden om att prejudikat endast är vägledande och att prejudikat som utgångspunkt är bindande för efterföljande domstol. Därför finner jag att det finns ytterligare utrymme att diskutera saken.

Följande i debatten delaktiga kommer att redogöras för: Aleksander Peczenik, professor emeritus vid Lunds universitet, Stig Strömholm, professor emeritus vid Uppsala universitet, Lars Heuman, professor emeritus vid Stockholms universitet, Johan Lind, f.d. justitieråd i HD, Peter Westberg, professor vid Lunds universitet, Johan Munck, f.d. justitieråd och ordförande i HD, Christina Ramberg, professor vid Stockholms universitet, samt Petter Asp, justitieråd i HD.

1.6 Disposition

Uppsatsen inleds med en presentation av den svenska rättskälleläran, för att ge bakgrund till vad som utgör en rättskälla samt prejudikatets roll som rättskälla.

Framställningen ska därefter presentera vad som föreskrivs i lagen och dess förarbeten angående prejudikatsbundenhet. Samma gäller för rättspraxis och juridisk doktrin. Som anförts ovan kommer redogörelsen av doktrinen bestå i en presentation av olika utmärkande verk i kronologisk ordning.

Därefter behandlas statens skadeståndsansvar och tjänstefelsansvar.

Slutligen ska framställningen analyseras och frågeställningarna besvaras.

2 Vad är gällande rätt?

2.1 Den svenska rättskälleväran

Gällande rätt består av de rättsregler som anses tillhöra den svenska rättsordningen.⁵ Vidare är en rättsregel en regel som har sitt ursprung i en så kallad rättskälla. För att anses tillhöra rättsordningen måste alltså regeln ha tillkommit på ett visst sätt; ur en rättskälla som accepteras av rättsordningen. Rättsordningen får anses vara ett dynamiskt regelsystem, med vilket menas att den avses att kunna ändras och utvecklas. Rättsordningen består därför av regler om hur detta går till. Exempelvis förskriver regeringsformen att riksdagen kan stifta nya lagar, lagstiftningen är således en rättskälla vilket innebär att en regel i en ny lag är en rättsregel.⁶ 54 kap. 10 § RB förskriver att HD är en prejudikatinstans, prejudikat är således en rättskälla och den rättsgrundsats som följer av det är en rättsregel.⁷

Vad som är *rätt ursprung* är något som diskuterats länge av diverse filosofer och medfört flera olika teorier. Peczenik menar, i kort, att en rättsregel har rätt ursprung dels för att den stiftats enligt den procedur som följer av en rättsregel av högre dignitet, dels för att den av rättskälleväran uppbyggda rättsordningen tillämpas. Rättskälleväran beskriver Peczenik som en språklig konvention som baseras på juridisk tradition baserad på allmänna uppfattningen om vad som ska anses tillhöra rättsordningen.⁸ Dahlman talar om en erkänningsregel som beskriver vad som är rätt ursprung. Erkänningsregeln beskrivs som en konvention instiftad genom samspel av de jurister som deltar i utformandet av rättsordningen, varför den är under ständig förändring. Denna konvention står ovanför grundlagen och är vad vi

⁵ Peczenik (1980) s. 33.

⁶ Dahlman (2010) s. 13 ff.

⁷ Asp (2021) s. 456 ff.

⁸ Peczenik (1980) s. 44 ff.

känner igen som rättskälleläran. Rättskälleläran fastställer och rangordnar den aktuella rättsordningens olika rättskällor.⁹

2.2 Prejudikatets plats i normhierarkin

Rättskälleläran fastställer alltså en så kallad *normhierarki* i varje rättsordning. Normhierarkin är inte lagstadgad och dess utformning kan diskuteras och förändras med tiden.¹⁰ Exempelvis har förarbeten som rättskälla förändras mycket och anses numera vara av hög dignitet.¹¹ För den svenska rättsordningens vidkommande kan följande rättskällor identifieras, med inbördes ordning:

- Grundlagar,
- Internationella överenskommelser som Sverige tillträtt,
- Regler utfärdade av internationella organ som Sverige är medlem i,
- Riksdagens lagstiftning,
- Lagförarbeten,
- Domstolspraxis från internationella domstolar som Sverige erkänner,
- Domstolspraxis,
- Sedvana,
- Juridisk doktrin.¹²

Normhierarkin innebär att rättskällor av högre rang ges företräde framför en av lägre rang vid kollision i en tillämpningssituation. Lag som är av högre dignitet har därför företräde framför lagförarbeten och prejudikat.¹³ Dock kan påpekas av att ett prejudikat kan exempelvis strida mot lagens ordalydelse utan att vara felaktigt, och därför inte nödvändigtvis behöva ge vika, i och med att lagen måste tolkas. Lagen kan anses ha företräde när ett enstaka avgörande är klart felaktigt.¹⁴

⁹ Dahlman (2010) s. 21 ff.

¹⁰ Ibid. s. 21 ff.

¹¹ Peczenik (1980) s. 49.

¹² Dahlman (2010) s. 21 f.

¹³ Peczenik (1995) s. 212 ff.

¹⁴ Strömholm (2020) s. 408.

3 Prejudikatsbundenhet enligt gällande rätt

3.1 Kort historisk bakgrund innan fullföljdsreformen

Under 1600-talet hade domarrätten och prejudikaten en betydande roll. I samband med Montesquieus maktodelningslära växte det fram vad som kan kallas en fientlighet mot just prejudikaten; domstolen skulle ju endast ägna sig åt dömande verksamhet och inte rättsbildning. Som exempel kan nämnas att det i Sverige 1803 uttalades av Matthias Calonius, ledamot av Högsta domstolen 1793–1800, att rättskipningen ”bör vara grundad på beskrivna lagar, men ej på tillfälliga domslut”.¹⁵

1947 kritiserade Justitieombudsmannen (JO) en häradshövding som dömt i strid med ett plenumavgörande från HD och uttalade att ett prejudikat av denna sort bör följas utan vidare.¹⁶ JO:s uttalande kritiserades emellertid av det första lagutskottet som uttalade att det är klart att HD:s avgöranden, i synnerhet de som fattats i plenum, har en stor betydelse för vägledning av lägre instanser men att det endast är tyngden av domskälen som bör vara avgörande för om prejudikaten ska ha betydelse för rättstillämpningen. Lagutskottet menade att JO:s uttalande gick emot vad som ansetts vara den svenska rättens ståndpunkt.¹⁷

¹⁵ Peczenik (1980) s. 124.

¹⁶ JO 1947 s. 113 ff.

¹⁷ 1 LU 1947:1.

3.2 Prejudikatsbundenhet enligt lagreglering

54 kap. 10 § RB reglerar möjligheterna för prövning i HD. Av bestämmelsen följer att prövningstillstånd meddelas endast om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen, *prejudikatdispens*, eller om det föreligger vissa extraordinära omständigheter som motiverar en prövning i HD, *extraordinär dispens*. Den senare möjligheten aktualiseras nästan enbart då det finns grund för särskilda rättsmedel, och menad att endast ha ett ytterst begränsat tillämpningsområde.¹⁸

Av nämnbar vikt är vidare 3 kap. 6 § RB som reglerar HD:s två möjligheter att besluta om avgörande i plenum. Då domstolens mening vid överläggningen i ett mål avviker från en rättsgrundsats eller lagtolkning som varit antagen av domstolen *får* den besluta att prövning ska ske av domstolen i sin helhet, så kallat *ändringsplenum*. Situationen som avses är alltså när HD avser att avvika från ett eget prejudikat. Då aktuellt mål rör en rättsfråga som exempelvis är återkommande och kontroversiell får HD även besluta om så kallad *betydelseplenum*. Av ordalydelsen följer att bestämmelsen är fakultativ, men möjligheten till ändringsplenum verkar inom HD ses som en principiell skyldighet.¹⁹

3.3 Prejudikatsbundenhet enligt lagförarbeten

Genom 1971 års fullföljdsreform²⁰ blev HD en högsta instans för prejudikatbildning i stället för överprövning. Ändringen motiverades vara nödvändig för att minska HD:s arbetsbelastning. HD skulle därför, nästan enbart, ägna sig åt prejudikatbildande verksamhet som är viktigt för att

¹⁸ Fitger m.fl. (JUNO), kommentaren till 54 kap. 10 §.

¹⁹ Prop. 1988/89:78 s. 52.

²⁰ Prop. 1971:45.

uppnå rättsenhetlighet i svensk rättstillämpning.²¹ Vidare motiverade man att den snabba samhällsutvecklingen medför att lagstiftaren måste lämna vissa komplicerade intresseavvägningar till rättstillämparen. HD:s viktigaste uppgift skulle därför vara att ge vägledning.²²

De möjliga dispensgrunderna gick från fyra till antalet till endast två. Det blev nu enklare att bevilja prejudikatdispens medan det innan ändringen krävdes synnerlig vikt för ledningen av rättstillämpningen för att beviljas prejudikatdispens.²³

I sitt remissyttrande belyste JO frågan om prejudikatsbundenhet. Att överväga någon ändring i gällande principer sågs dock inte som nödvändigt då det inte fanns anledning att anta annat än att domstolarna i sin fortsatta rättstillämpning skulle följa HD:s avgöranden.²⁴

I en följande utredning konstateras att tendensen verkar vara att rättstillämpningen rör sig mot en starkare bundenhet än den uppfattning som lagutskottet gav uttryck för 1947.²⁵ Utredningen poängterar att HD:s avgörande måste vara så auktoritativa att rättsregeln den fastställer upprätthålls av medborgare och myndigheter. HD:s avgöranden ges denna särskilda ställning genom bestämmelsen om ändringsplenum. Att HD anses i princip vara bunden av sina egna prejudikat talar för dess auktoritet.²⁶ Den påpekar vidare att det numer är synnerligen ovanligt att domare medvetet åsidosätter tydliga prejudikat.²⁷

²¹ Prop. 1971:45 s. 1 och 33 f.

²² JuU 1971:7 s. 14.

²³ Prop. 1971:45 s. 111.

²⁴ Ibid. s. 92.

²⁵ SOU 1986:1 s. 49.

²⁶ Ibid. s. 50 f.

²⁷ Ibid. s. 71.

3.4 Prejudikatsbundenhet enligt rättspraxis

Det är sällan som domstolar åsidosätter ett gällande och relevant prejudikat. Vidare verkar det som att HD anser sig självt vara bunden till sina avgöranden, med hänvisning till ändringsplenumet.²⁸ Torkel Gregow formuleras sig så att HD *är skyldig* att följa sina egna prejudikat.²⁹

Prejudikatsbundenhet aktualiseras särskilt i NJA 1994 s. 194. Målet behandlar statens skadeståndsansvar då en hovrätt hade avvikit från ett prejudikat från 1950 som förelåg för den i fallet aktuella bestämmelsen. HD anför i samband med bedömningen av om hovrättens rättstillämpning var felaktig eller inte att de lägre instanserna *inte är bundna* av HD:s prejudikat. Dock betonas att prejudikat är av stor betydelse vid bedömningen av om en rättstillämpare gjort sig skyldig till fel eller försummelse. Hovrättens handlande ansågs inte föranleda skadeståndsansvar. Rättsfallet behandlas ytterligare i avsnitt 4.1.

3.5 Prejudikatbundenhet enligt doktrin

3.5.1 Aleksander Peczenik

Aleksander Peczenik kan beskrivas kategorisera rättskällor som används vid juridisk argumentation i olika fack som avgör hur rättstillämparen ska förhålla sig till dem. Det finns, menar Peczenik, ska-, bör- och får-källor.³⁰

Lagtext är det material som *skall* beaktas vid tillämpning. Ett åsidosättande av lagen leder till åtal för tjänstefel enligt brottsbalken, vilket Peczenik förklarar grundas på 1 kap. 1 § 3 stycket RF, att all offentlig makt ska

²⁸ Se bl.a. Lind (1996) s. 364, Peczenik (1995) s. 239, Heuman (2020) s. 151 och Gregow (2015) s. 38.

²⁹ Gregow (2015) s. 38.

³⁰ Peczenik (1980) s. 48 f.

utövas *under lagarna*.³¹ Att lagtext är bindande innebär en *prima facie*-skyldighet. Med detta menas att lagen ska åtlydas om inte det finns juridiska motskäl som är av mycket större vikt. Exempel på sådana motskäl är obsolet lag.³²

Prejudikat och förarbeten kategoriseras till material som *bör* beaktas vid rättstillämpning. Peczenik menar att det finns en svag skyldighet, vars åsidosättande visserligen inte leder till åtal för tjänstefel men kan innebära att domen inte håller vid överklagande. Skyldigheten grundas inte i lag, innebärande att skyldigheten inte är mer än sedvanerättslig.³³

Peczenik anför att prejudikat bör *prima facie* åtlydas som ett auktoritativt handlingsmönster och ” [...] får sålunda inte heller sättas ur spel om inte juridiska motskäl väger tyngre”.³⁴ Ett prejudikat bör dock inte följas då egenskaperna i det efterföljande fallet *väsentligen* skiljer sig från referatfallet.³⁵

Peczenik framlägger en prioritetsordning vid kollision mellan prejudikat.³⁶ Ett prejudikat som, vid i övrigt oförändrade förhållanden, har en bättre motivering väger tyngre. Ett prejudikat som starkt kritiserats eller beslutats med skiljaktigheter påverkar dess dignitet. Alla prejudikat bör *prima facie* följas, men det är enklare att anföra tyngre motskäl för att avvika från prejudikat som enligt denna prioritetsordning har lägre dignitet.³⁷

Peczenik anför att rättstillämparen inte bör följa hur dåliga prejudikat som helst. Prejudikatreglerna måste sammanhålla med varandra och harmoniseras med övriga rättsordningen; att blint följa ett dåligt prejudikat skulle motverka detta.³⁸

³¹ Peczenik (1980) s. 49, Peczenik (1995) s. 227.

³² Peczenik (1995) s. 214 och 219.

³³ Peczenik (1980) s. 49.

³⁴ Peczenik (1995) s. 219.

³⁵ Ibid. s. 235 f.

³⁶ Ibid. s. 283.

³⁷ Ibid. s. 283.

³⁸ Peczenik (1995) s. 238.

3.5.2 Stig Strömholm

Stig Strömholm kom att i sin artikel 1984 mynta begreppet *prejudikatlära* i svensk rätt. Strömholm konstaterar att ett behov av en mer utvecklad sådan är av vikt om prejudikat ska på ett lämpligt sätt tillämpas som rättskälla. Behovet grundar sig i att prejudikatet intagit en mycket mer betydelsefull position som rättskälla än tidigare.³⁹

Strömholm anför vidare att även *graden av bundenhet* till prejudikat verkar ha ökat.⁴⁰ Prejudikatets bindande verkan måste dock betecknas som *relativ* i jämförelse med *common law*-staternas *absoluta* verkan. För denna ståndpunkt hänvisar Strömholm till lagutskottets uttalande 1947 att bundenheten relaterar till att endast tyngden av HD:s domskäl är avgörande för dess inflytande på efterföljande domstol.⁴¹ Vidare påpekar Strömholm att avsaknaden av diskussion kring spörsmålet vid fullföljdsreformen tyder på att prejudikat äger en fortsatt *persuasiv* verkan, och inte *auktoritativ*.⁴²

Dock anför Strömholm att i praktiken sträcker sig graden av bundenhet längre än att endast innebära att lägre instanser själva får bedöma huruvida skälen är tunga nog för att prejudikatet ska användas. Lägre instanser är snarast faktiskt skyldiga att följa HD, så länge tyngden av dess skäl inte är påtagligt påverkad av omständigheter såsom påvisbart misstag i sak- eller rättsbedömning s.k. *per incuriam*, klart förändrade yttre förhållanden eller klart belagda värderingsförändringar. Lagutskottets uttalande kan därför inte anses vara helt gällande, menar Strömholm. Den generella principen om att efterföljande domstol inte är formellt eller principiellt bunden av HD:s prejudicerande avgöranden kvarstår.⁴³

³⁹ Strömholm (1984) s. 932.

⁴⁰ Strömholm m.fl. (2020) s. 392.

⁴¹ Ibid. s. 525.

⁴² Strömholm (1984) s. 935.

⁴³ Ibid. s. 935

I samband med frågan om lagförarbetes bindande verkan talar Strömholm om att motiv inte kan anses ha samma ställning som eller framställa samma absoluta lydskrav som lagbestämmelser, utan endast göra anspråk på ett krav på *beaktande*.⁴⁴ Samma gäller prejudikaten menar Strömholm och påpekar att prejudikaten inte kan anses få samma bindande verkan som lagtext.⁴⁵

3.5.3 Lars Heuman

Lars Heuman konstaterar att prejudikat avser att vara vägledande för efterföljande domstol, med vilket menas att det inte föreligger någon absolut skyldighet att följa prejudikatet. För denna ståndpunkt exemplifierar Heuman med att påpeka att straff inte aktualiseras när en domstol väljer att medvetet bedöma annorlunda än HD, med hänvisning till NJA 1994 s. 194. I praktiken följer dock lägre instanser HD:s avgöranden och en avvikelse medför inte sällan ändring av domen vid överklagan. Därför bör medborgare och företag upprätthålla gällande prejudikat, menar Heuman.⁴⁶ Vidare konstaterar Heuman att prejudikat blir bindande för HD själv i och med att HD i praktiken endast kan ändra rättsläget genom ändringsplenum.⁴⁷

Heuman påpekar att det inte sällan framförs åsikt om att ett prejudikat som avgjorts med siffrorna 3–2 eller är starkt kritiserad har lägre prejudikatvärde och får därför inte samma betydelse för efterföljande domstol. Heuman menar dock att ett svagt motiverat avgörande inte får ett snävare tillämpningsområde än det som kommer klart i uttryck. Är rättsregeln som följer av prejudikatet klar och tydlig ska den alltså inte påverkas av minoritetsvotas, bristande motivering eller kritik som följt. Råder en stark prejudikatsbundenhet måste HD:s rättsregler följas, oavsett svagheten, eller vagheten, i skälen. Det finns inte i den situationen utrymme att ta hänsyn till annat majoritetens dom. Som exempel nämner Heuman två närliggande

⁴⁴ Strömholm m.fl. (2020) s. 375.

⁴⁵ Ibid. s. 403.

⁴⁶ Heuman (2020) s. 149 och 151.

⁴⁷ Heuman (1992) s. 232, Heuman (2020) s. 151.

referatfall från 80-talet, vari det första ställde sig justitieråd Gregow skiljaktig, men i det efterföljande fallet rörande liknande omständigheter röstade Gregow med majoriteten, för att inte avvika från en etablerad rättsregel. Som mest kan kritik och minoritetsvotas få begränsad betydelse vid tolkning av prejudikatet, men inte dess prejudikatverkan.⁴⁸

Prejudikatsbundenheten bedömer Heuman inte längre som *relativ* utan närmar sig *absolut*. Domstolsväsendet bygger nämligen numera på främjandet av enhetlig rättstillämpning. Uppgiften hade inte kunnat fullföljas om lägre instanser fick avgöra själva när domskälen är rationella nog för att prejudikatet ska tillämpas. Det kan inte anses vara rimligt att lägre instanser endast i några av de likvärdiga fallen tillämpar HD:s rättsregel.⁴⁹ Prejudikatsbundenheten är därför så pass stark att prejudikatets auktoritet blir viktigare än dess rationalitet. För att HD:s prejudikatbildande verksamhet ska få genomslag krävs det därför att de rättsregler som HD skapar inte utan vidare ändras genom åsidosättande. Vissa skäl kan rättfärdiga åsidosättande, så som samhällseliga eller rättsliga förändringar.⁵⁰ Sammanfattningsvis ska HD:s avgöranden följas och respekteras även om de kan kritiseras.⁵¹

3.5.4 Johan Lind

Johan Lind anför att HD:s prejudikatbildande verksamhet och regleringen kring ändringsplenum förutsätter att prejudikat respekteras av efterföljande domstol. Lind anför att HD själv inte medvetet skulle döma i strid mot ett äldre prejudikat, de fäster nämligen utomordentlig vikt vid tidigare avgöranden att det nästan kan ses som uteslutet.⁵²

Lind påpekar att han under sin tjänstgöring som justitieråd blivit överröstad. Men i ett senare, liknande mål rättat sig efter majoriteten, med motiveringen

⁴⁸ Heuman (1992) s. 208 ff.

⁴⁹ Ibid. s. 209 f.

⁵⁰ Heuman (2020) s. 151 f.

⁵¹ Heuman (1992) s. 233.

⁵² Lind (1996) s. 364.

att det nu finns en av HD antagen rättsregel att förhålla sig till, även om han själv tyckte att normen borde vara en annan.⁵³

Lind konstaterar att trots ett prejudikat kan kritiseras i sin utgång eller motivering är avgörandet vägledande och det nya rättsläget som det skapar gäller tills det att ny lagstiftning eller nytt rättsfall blir gällande. För att avvika från ett prejudikat, och därmed vidareutveckla rätten, krävs det att det aktuella fallet särskiljs från prejudikatfallet, menar Lind. Om det inte finns utrymme att skilja fallen åt måste antingen prejudikatet vidhållas, ändringsplenum tillämpas eller lagstiftaren återopas. Lind konstaterar att ” [...] man kör inte blankt över ett prejudikat för att man av ena eller andra skälet ogillar det”.⁵⁴

3.5.5 Peter Westberg

Peter Westberg framhåller att debatten gällande prejudikatsbundenhet består spridda åsikter. Westberg anför att oavsett vilken ståndpunkt man står bakom finns det exempel i praxis där ett åsidosättande av prejudikat, vad Westberg kallar för prejudikattrots, inte lett till rättsliga sanktioner. I vart fall inte då trots ett öppet, fortsätter Westberg, och hänvisar till NJA 1994 s. 194.⁵⁵

I sin framställning talar Westberg om prejudikatvärde; om ett prejudikat inte besitter vissa kvalitéer påverkar det prejudikatets användbarhet som vägledning och uttryck för gällande rätt. Alltså kommer en rättsfallstolkare behöva ta ställning till om och i vilken utsträckning som prejudikatet bör vara vägledande. Innebärande att ett prejudikat av högt värde bör tillämpas, medan ett med lågt värde inte behöver tillämpas. En av de fem kvalitéerna menar Westberg är att prejudikatet är rationellt motiverat.⁵⁶

⁵³ Lind (1996) s. 364.

⁵⁴ Ibid. s. 364 f.

⁵⁵ Westberg (2000) s. 613 f.

⁵⁶ Westberg (2000) s. 613 f.

3.5.6 Johan Munck

Johan Munck behandlar lagtexts bindande verkan och ställer sig ifrågasättande om lagen alltid kan anses ge ett bindande besked. Lagen behöver i varje enskilt fall tolkas. Går det då att avvika från lagen när lagens betydelse efter tolkning är tydlig, frågar han.⁵⁷

Lagens tillämpningsområde kan utvidgas och det görs ofta genom analogislut. Tillämpningsområdet går vidare att inskränka i strid mot ordalydelsen, *contra legem*, genom så kallat reduktionsslut, fortsätter Munck, om än utrymmet för sådan rättstillämpning är omstritt.⁵⁸

Munck nämner i förbifarten att prejudikat i Sverige inte i egentlig mening kan anses vara bindande då den inte ger några bindande besked.⁵⁹ Munck anför vidare till skillnad från 1947 års uttalande att det inte är domskälens tyngd, utan snarare omsorgen för enhetlighet i rättskipningen som är avgörande för rättstillämparens följsamhet.⁶⁰

3.5.7 Christina Ramberg

Christina Ramberg anför att ”Utgångspunkten är att rättsregeln i prejudikatet är bindande”.⁶¹ Prejudikatsbundenheten i en rättsordning, menar Ramberg, kan bedömas på en skala från stor frihet till absolut bindande. Ramberg konstaterar att det i svensk rätt inte finns någon formell bundenhet då det saknas lagregler i frågan, men att prejudikat är *de facto* starkt styrande.⁶²

Varför en lägre instans följer prejudikatet förklarar Ramberg beror på att HD:s avgöranden är auktoritativa och främjar enhetligheten i rättskipningen.

⁵⁷ Munck (2014) s. 199.

⁵⁸ Ibid. s. 200.

⁵⁹ Ibid. s. 199 och 206.

⁶⁰ Munck (2007) s. 197.

⁶¹ Ramberg (2017a) s.776 f.

⁶² Ramberg (2017) s. 54 ff.

Ramberg hänvisar till att justitieråd, så som Torkel Gregow, har följt avgöranden som de själva vid överläggning röstat emot.⁶³

Ramberg framlägger vidare att domaren är skyldig att aktivt notera prejudikatets existens och analysera dess likheter till aktuella fallet. Domaren ska sedan förhålla sig till prejudikatet genom att följa, avvika eller särskilja från det. Det uppställs vidare en förklaringsbörda som innebär att domstolen ska förklara vilken rättsregel den utläst ur prejudikatet och varför prejudikatet ska särskiljas eller avvikas ifrån. Att de lägre instanserna *de facto* följer denna process menar Ramberg innebär att HD:s avgöranden är bindande. Dessa skyldigheter innebär nämligen att prejudikaten kommer ha en begränsande effekt på efterföljande domstols handlande. Då ett avvikande kräver en ingående analys och förklaring har prejudikat inte endast en *persuasiv* verkan utan även en *auktoritativ* sådan.⁶⁴

Sammanfattningsvis förklarar Ramberg att vid en gradering får svensk prejudikatsbundenhet ses som svagt bindande med vilket menas att rättstillämparen endast får avvika om domstolen bedömer och förklarar att det föreligger starka skäl som motiverar en sådana avvikelser. Jämförelsevis innebär starkt bindande att domstolen aldrig får avvika.⁶⁵ Ramberg föreslår att det krävs ny lagstiftning, ny kunskap eller samhällseliga förändringar, eller att prejudikatet var illa underbyggt för att avvika.⁶⁶

3.5.8 Petter Asp

Petter Asp avslutar, till min förtret, sin artikel med en sammanfattande ståndpunkt – att frågan om prejudikatsbundenhet är felformulerad och närmast hopplös. Frågan förutsätter att ovillkorlig bundenhet till rättskällor existerar och beaktar inte vad Asp kallar prejudikatets *rättskällemässiga särskildhet*.⁶⁷

⁶³ Ramberg (2017) s. 55 f.

⁶⁴ Ibid. s. 58 f.

⁶⁵ Ibid. s. 59 f.

⁶⁶ Ramberg (2017a) s. 777, Ramberg (2017) s. 208 ff.

⁶⁷ Asp (2021) s. 473.

Rättstillämparens uppgift att tillämpa gällande rätt i det konkreta fallet. I rättstillämpningssituationen är det en öppen fråga rörande vad rättstillämparen är skyldig att göra. Rättstillämparen måste nämligen först se till vad som är gällande rätt i det enskilda fallet och i vilken utsträckning den är tillämplig. Att man måste konstruera gällande rätt i det enskilda fallet medför att generella normer om bundenhet till viss rättskälla inte lämpar sig.⁶⁸

Asp påpekar att prejudikatsbundenhet i debatten ofta kontrasteras mot lagbundenhet, som antas vara absolut. Men inget är bindande på detta absoluta sätt som tidigare beskrivits av Peczenik och Strömholm. Bundenheten till en rättskälla kan aldrig vara mer än en *pro tanto*-bundenhet, innebärande att rättstillämparen endast kan vara *skyldig att beakta* en rättskälla.⁶⁹

Rättskälleläran utpekar vissa upphöjda rättskällor som ska beaktas redan av den anledningen, menar Asp. En lag ska beaktas för att den tillkommit enligt vårt rättssystem antagna författningsprocess. Vid beaktningen tillämpas den juridiska metoden för att se till om lagen i förhållande till de faktiska omständigheterna i det konkreta fallet kan tillämpas. Asp påpekar vidare att ibland, om än sällan, är det rätt att inte använda en tillämplig regel och jämför med reduktionssluten. Prejudikat ska beaktas då det kommer ifrån en lagstadgad prejudikatinstans. Vid beaktningen tillämpas sedan den juridiska metoden, precis som för lagen.⁷⁰

Om ett prejudikat vid beaktning anses vara tillämpligt måste det anföras skäl för att åsidosätta prejudikatet. Skäl för åsidosättande är beroende av vilken form prejudikatet tar, menar Asp. Prejudikatet i dess kärna är tillkommen efter rättstillämpning i det enskilda fallet och är en *ex post* konstruktion av

⁶⁸ Asp (2021) s. 454.

⁶⁹ Ibid. s. 458 f.

⁷⁰ Ibid. s. 456 ff.

rätten. I denna form utmärker sig prejudikatets rättskällemässiga särskildhet och gör prejudikatet starkare och viktigare skrivna regler. Lagar och lagförarbeten är nämligen *ex ante*-normer som produceras innan en konkret händelse har inträffat. Prejudikatet som *ex post*-norm motsvarar dess kärna från vilken det krävs mycket starka skäl för att avvika, menar Asp. Sådana skäl kan exempelvis vara rätts- eller samhällsutveckling eller *per incuriam*. För att prejudikatet som *ex post*-norm ska vara tillämpligt krävs det att efterföljande fall är lika i allt det väsentliga, alltså utom de uppenbart irrelevanta omständigheterna. Därför generaliseras prejudikatet och utgör då *ex ante*-norm. För att avvika från prejudikatet i den formen krävs i stället, precis som för lagtext, endast tolkning, korrigerande och särskiljande.⁷¹

⁷¹ Asp (2021) s. 459–466.

4 Sanktioner vid åsidosättande av prejudikat

4.1 Skadestånd

3 kap. 2 § SkL föreskriver att staten blir skadeståndsskyldig då skada vållas genom *fel eller försummelse vid myndighetsutövning*. Domstolens rättstillämpning är en typ av myndighetsutövning.

Det torde endast röra sig om uppenbara undantagsfall som man kan tala om att fel och försummelse har skett vid rättstillämpning; alltså inträder skadeståndsansvar endast vid uppenbart oriktiga rättstillämpningar.⁷²

I NJA 1994 s. 194, som delvis behandlats ovan, förklarade HD att prejudikat visserligen inte är bindande men är av stor vikt vid bedömningen av om domstolen gjort sig skyldig till fel eller försummelse. HD framhåller vidare att höga krav ställs på att domstolarna agerar omsorgsfullt när ett avgörande är av stor betydelse för den enskildes rättssäkerhet.⁷³

HD konstaterar dock att en domstol för att kunna skapa rätt bör ha viss möjlighet att frångå tidigare rättspraxis. Om det framläggs rimliga skäl för denna avvikelse så kan rättstillämpningen i vart fall inte föranleda skadeståndsskyldighet, fortsätter HD.⁷⁴

Hovrätten hade, enligt HD, utförligt motiverat varför den avvikit från prejudikatet, och även hänvisat till doktrinen som kritiserat avgörandet. HD ansåg därför att avvikelsen inte innebar en sådan uppenbart oriktig rättstillämpning som föranleder skadeståndsskyldighet.⁷⁵ HD upprätthöll själv sitt avgörande från 1950.

⁷² Prop. 1972:5 s. 518.

⁷³ NJA 1994 s. 194, på s. 203.

⁷⁴ Ibid. s. 203.

⁷⁵ Ibid. s. 203.

I ett senare avgörande anför HD att en domstol som redogör för en rimligt adekvat analys av rättsläget, gör sig inte ansvarig för felaktig rättstillämpning även om analysen leder till en avvikande slutsats vid jämförelse av gällande rätt. Om domskälen inte innehåller en sådan analys och slutsatsen är avvikande kan det föranleda skadeståndsskyldighet för staten. HD hänvisar vidare till 1994 års fall och även doktrinen där det påpekas som troligt att skadestånd i det nämnda fallet hade troligen utgått om hovrätten hade helt förbisett rättsfallet från 1950, då HD lägger stor vikt vid hovrättens utförliga motivering i sin bedömning.⁷⁶

Jan Kleineman kommenterar domen och påpekar hur den genom sina resonemang ger uttryck för att det verkligen finns en viss grad av prejudikatsbundenhet då att avvika från prejudikat, i alla fall utan rimliga skäl, kan medföra staten skadeståndsansvar. Kleineman fortsätter att utrymmet för ansvar nog begränsar sig till uppenbara undantagsfall.⁷⁷

Petter Asp menar liknande att av 1994 års fall kan utläsas att domstol som endast noterar ett tillämpligt prejudikat utan att anföra rimliga skäl för dess åsidosättande bör med all sannolikhet anses handlat skadeståndsgrundande.⁷⁸

Även Johan Lind har kommenterat fallet och menar att HD:s resonemang grundas på förutsättningen att staten *kan* bli skadeståndsansvarig om efterföljande domstolen inte anför rimliga skäl.⁷⁹

4.2 Tjänstefel

20 kap. 1 § BrB föreskriver att en som i sin myndighetsutövning uppsåtligen eller av oaktsamhet åsidosätter vad som gäller för uppgiften genom handling

⁷⁶ NJA 2013 s. 842 p. 37–38.

⁷⁷ Kleineman (1994) s. 148 f.

⁷⁸ Asp (2021) s. 466–469.

⁷⁹ Lind (1996) s. 364.

eller underlåtenhet döms för tjänstefel. Straffansvar ska inträda då myndighetsutövaren avviker från ett handlingsmönster som ter sig självklart och naturligt, även om det kanske inte framgår av lagstiftning eller författning.⁸⁰

För en rättstillämpare är vad som *gäller för uppgiften* att tillämpa gällande rätt. Frågan för vår del är huruvida en rättstillämpare som avviker från eller inte beaktar ett prejudikat har åsidosatt vad som gällde för uppgiften och därmed gjort sig skyldig till tjänstefel.

I NJA 2005 s. 385 prövades frågan om tjänstefelansvar förelåg då en polisintendent handlat i strid mot lagmotiv. HD ansåg inte att straffansvar förelåg med motiveringen att den tilltalades handlande, även om det stred mot motiven, inte var oförenligt med lagens ordalydelse eller syfte. Omständigheterna som helhet inte innebar att polisintendenten ansågs åsidosatt vad som gällde för uppgiften.⁸¹

HD anför i fallet att faktumet att lagmotiv inte är bindande såsom lagtext inte nödvändigtvis hindrar att tjänstefelansvar kan grundas på underlåtande att beakta lagmotiv, med hänvisning till bestämmelsens motiv.⁸² I nämnda motiv talar man om lagförarbeten tillsammans med prejudikat.⁸³

Johan Munck anför att förarbetena till bestämmelsen om tjänstefel antyder att det finns ett utrymme för straffansvar vid underlåtenhet att följa ett prejudikat. Munck menar vidare att det utrymmet torde vara mycket snävt i och med att straffansvar torde kräva att ett underlåtande leder till ett resultat som vid en samlad bedömning är helt oacceptabel.⁸⁴

⁸⁰ Prop. 1988/89:113 s. 15.

⁸¹ NJA 2005 s. 385, på s. 398.

⁸² Ibid. s. 398.

⁸³ Prop. 1975:78 s. 180.

⁸⁴ Munck (2007) s. 203 f.

Vidare hänvisar Munck till 1994 års skadeståndsfall och anför att HD:s motivering inte kan göras gällande på straffrättens område. För sin ståndpunkt tar Munck ett exempel enligt följande: två domare åsidosätter samma prejudikat; den ene genom att utförligt motivera varför medan den andra har råkat förbise dess existens. Munck menar att det skulle strida mot straffrättsliga principer att endast den senares beteende föranleder ansvar men inte den förres, som kanske till och med kan sägas agera uppsåtligt.⁸⁵

Petter Asp bygger vidare på detta exempel och anför att åsidosätta ett prejudikat innebär inte nödvändigtvis innebär att åsidosätta vad som gäller för sin uppgift. Att motivera varför ett prejudikat bör eller inte bör tillämpas ingår i ju rättstillämpningsuppgiften. Vidare menar Asp att straffansvar inte inträder vid varje felaktig avvikelse, utan kräver att avvikelsen är så oförenlig med övrigt material att man kan anses åsidosatt vad som gällde för uppgiften. Asp exemplifierar en sådan situation med en domare som väljer att inte använda ett fullt tillämpligt prejudikat av själviska, rättspolitiska skäl. Straffansvar enligt Asp torde alltså inte vara helt uteslutet.⁸⁶

Gregow anför att en egentlig skyldighet torde kräva att underlåtenhet att följa ett prejudikat skulle föranleda en sanktion så som straff eller skadestånd. Någon uttrycklig bestämmelse om detta anser Gregow inte finnas.⁸⁷

⁸⁵ Munck (2007) s. 203 f.

⁸⁶ Asp (2021) s. 466–469.

⁸⁷ Gregow (2015) s. 38.

5 Analys

5.1 Bunden, obunden eller något där emellan...

Att prejudikatet idag är en viktig del av gällande rätt råder ingen tvekan om. Numera har det intagit en ställning som en egen rättskälla snarare än att fungera som en beskrivning av rättens innehåll. I doktrinen påstås inte sällan att graden av bundenhet allt sedan första lagutskottets uttalande 1947 har ökat. Men hur ser *graden av bundenhet* ut enligt gällande rätt? Kan man ens tala om en gradering av prejudikatsbundenhet?

Slutsatsen att någon *formell bundenhet* inte finns kan snabbt nås, då det saknas lagreglering som stadgar att en rättstillämpare ska tillämpa eller ens beakta ett prejudikat. Att 54 kap. 10 § RB föreskriver att prejudikatet ska ge *ledning till rättstillämpningen* torde inte kunna tolkas ge uttryck för det heller. Av motiven verkar lagstiftaren inte haft en avsikt att instifta en formell bundenhet, den ville snarare vad gäller prejudikatbundenhet att de principer som gällde vid ändringen fortsatt skulle gälla. Bestämmelsen avsåg i stället att tydliggöra att HD:s främsta uppgift var att främja rättsenhetligheten genom vägledande avgöranden. HD har vidare i NJA 1994 s. 194 anfört att prejudikat inte är bindande. Gällande den fakultativa bestämmelsen om ändringsplenum finner jag att man inte heller kan dra någon slutsats att stadgandet innebär en formell bundenhet inom HD, trots att HD kanske i praktiken känner sig skyldiga att följa dess tidigare avgöranden.

Betyder avsaknaden av formell bundenhet att rättstillämparen enligt svensk rätt är fri att använda prejudikat lite hursomhelst? Givetvis inte, skulle jag påstå. Premissen som ställs upp av rättskälleläran får anses vara att rättsordningen är i ständig utveckling. Rättskällorna och deras dignitet blir

beroende av den allmänna uppfattningen bland de i rättsordningen aktiva juristerna. Hur vi förhåller oss till prejudikaten har alltså en betydelse för dess roll som rättskälla. Avsaknaden av uttrycklig bundenhet är inte nödvändigtvis densamma som avsaknaden av bundenhet per se.

Flera har anfört att prejudikat, i brist på lagreglering, endast är vägledande men att följsamheten av prejudikat inom rättsväsendet är så stor att graden av bundenhet får anses ökat; som om det finns en social konvention domare emellan att prejudikat ska följas.

Vi måste dock ställa oss ifrågasättande till vad vi menar när talar om prejudikatsbundenhet och bindande rättskällor i övrigt.

Strömholm och Peczenik framhåller lagtext som en absolut bindande rättskälla. De kan knappast antas mena bindande i form att den alltid ska följas oavsett det enskilda fallet. Peczenik förklarar vidare att lagtext endast *prima facie* ska åtlydas, betydande att han tycker att det kan vara korrekt att avvika från tillämplig lag, exempelvis vid obsolet lag. Även Munck talar om lagtext som den enda rättskällan som kan lämna bindande besked, men att man ibland kan döma *contra legem*. Peczenik kategoriserar lagen som en ska-källa då den *ska beaktas*. Vid beaktningen ser man om lagen är relevant i det konkreta fallet och om det i så fall föreligger skäl att inte tillämpa den. Om inget beaktande görs eller inga sådana skäl föreligger skulle rättstillämparen handlat felaktigt vilket leder till rättsliga konsekvenser såsom tjänstefel.

Om lagtext är den enda bindande rättskällan och prejudikat endast vägledande, menar man då att prejudikat inte behöver beaktas och relevanta prejudikat får avvikas ifrån utan skäl? Enligt Peczenik ska även prejudikat *prima facie* åtlydas. Dock är det endast en bör-källa med motiveringen att åsidosättande inte föranleder någon rättslig konsekvens. Detta resonemang delas av flera i doktrinen, såsom Heuman, Westberg, Gregow.

Jag skulle dock vilja påstå att enligt gällande rätt är inte rättsliga konsekvenser helt utom räckhåll. I motiven till skadeståndslagen påpekas att fel och försummelse kan ske vid rättstillämpning, om än i undantagsfall. I NJA 1994 s. 194 förklaras att prejudikat är av stor betydelse vid denna bedömning. Det går inte att bortse från att HD resonerar utifrån att hovrättens beaktning och utförliga motivering var av avgörande betydelse. HD bekräftar sedan detta resonemang i en efterföljande dom nästan 20 år senare. Det kan inget annat än anses framgå att skadeståndsansvar *kan* följa då en rättstillämpare inte beaktar eller anför rimliga skäl för ett åsidosättande. Detta framhölls även av Lind och Asp.

Vad gäller tjänstefelsansvar förefaller det inte lika klart att det kan följa. Det kan visserligen påpekas att rättskälleläran uppställer ett sådant självklart och naturligt handlingsmönster som rättstillämparen ska följa. Även om det är fel att inte beakta ett prejudikat krävs det nog mycket, som Asp påpekar, för att ett felaktigt avvikande ska vara så materiellt oförenlig med övrig gällande rätt att uppgiften som helhet anses vara åsidosatt. Liknande resonemang följer av NJA 2005 s. 385. Likväl är nog möjligheten inte helt utesluten, vilket vi ser av motiven, 2005 års fall, Asp och Munck.

Ramberg framhåller att i svensk rätt är prejudikatet svagt bindande med vilket hon menar att rättstillämparen endast får avvika från det om det finns tillräckliga skäl. Men rättstillämparen är även dessförinnan skyldig att aktivt notera prejudikat.

Att prejudikat är en mycket betydelsefull del av gällande rätt framgår av doktrinen, av praxis genom sin följsamhet samt av att lagstiftaren framhåller vikten av prejudikat för rättenhetlighet och därför instiftar en närmast ren prejudikatinstans. För rättstillämparen att inte beakta prejudikatet är att inte beakta gällande rätt, enligt rådande rättskällelära.

Därför måste, som Asp betonar, både lagtextbundenhet och prejudikatsbundenhet beskrivas som en *pro tanto*-bundenhet.

Rättstillämparen kan inte redan innan det konkreta fallet veta om hen kommer vara tvungen att tillämpa viss källa. Men rättstillämparen ska i sin uppgift ta hänsyn till gällande rätt, annars kan rättsliga konsekvenser inträda, varför det uppställs ett krav på beaktande, både för lagtext och prejudikat.

När prejudikatet bedöms vara tillämplig efter beaktande, är det bindande då? Munck förklarar att endast lag kan ge bindande besked. Jag skulle i stället vilja påstå att prejudikat ibland kan ge bindande besked. Av vad som anförts ovan om rättsliga konsekvenser följer ett krav på att anföra *rimliga* skäl för avvikelser. Om det inte finns några sådana kan inte en avvikelse ske utan vara åtminstone skadeståndsgrundande. Frågan om när åsidosättande är rimligt leder mig vidare till frågan om det görs någon skillnad mellan olika prejudikat.

5.2 ...Oavsett prejudikat?

I detta avseende kan man gå tillbaka till lagutskottets uttalande 1947 att endast prejudikat vars domskäl är tunga nog är av betydelse för efterföljande domstol. HD:s avgöranden får betydelse utifrån dess rationalitet. Att rationalitet är det enda som styr följsamheten är inte så troligt att tänka nu när domstolarna sällan avviker från prejudikat. Genom att HD blev en prejudikatinstans ges HD:s avgöranden en särskild auktoritativ ställning. En efterföljande domstol bör följa ett prejudikat för att främja rättsenhetligheten och inte nödvändigtvis för dess inneboende rationalitet. När HD i 1994 års fall förklarar vikten av prejudikat skiljer HD prejudikat från övriga instansers praxis. Så som många i doktrinen anført är inte 1947 års uttalande inte längre helt rättvisande.

I doktrinen är meningarna delade när rationalitet sätts emot auktoritet. Heuman och Lind förespråkar att prejudikat har en stark auktoritativ ställning. För rättsenhetligheten ska få genomslag krävs att alla prejudikat följs oavsett om de anses vara dåliga eller bra. Att justitieråd först röstar

med minoriteten för att sedan i ett liknande fall följa majoriteten talar för prejudikats auktoritativa ställning. Att inte hålla med ett prejudikat är inte tillräckligt för att rättfärdiga avvikelser. Heuman föreslår i stället samhälleliga förändringar, Lind menar att särskiljande får ske. Peczenik och Westberg delar i stället annan åsikt. Peczenik förklarar bland annat att det är enklare att åsidosätta ett prejudikat som är dåligt motiverat. Westberg talar om att prejudikatets rationalitet påverkar dess betydelse. Strömholm menar att prejudikat endast har en persuasiv verkan, men att i praktiken får avvikelser ske endast vid *per incuriam*, samhälls- eller rättsutveckling eller ändrade värderingar. Liknande omständigheter för att avvika tar Ramberg och Asp upp.

Det förefaller alltså inte finnas en enhetlig och tydlig lära angående om prejudikatets bindande verkan skiljer sig åt beroende på prejudikat. Att det inte råder en helt auktoritetsbaserad eller en helt rationalitetsbaserad ordning får dock framstå som klart.

5.3 Avslutande kommentarer

Sammanfattningsvis skulle jag vilja beskriva svensk prejudikatsbundenhet enligt gällande rätt enligt följande; dels att rättstillämparen är skyldig att beakta prejudikat, dels att tillämpliga prejudikat kan ge bindande besked i den utsträckning det inte går att med rimliga skäl avvika från det.

Att rättsordningen gör det möjligt för skäl att anföras mot prejudikat talar för att prejudikat inte är auktoritativa i den utsträckningen att de oavsett inneboende egenskaper måste följas. Att prejudikat givits en särställning för att främja rättsenheten talar för att bristande rationalitet kanske inte alltid är tillräckligt. Slutsats kan dras att hur rättstillämparen ska förhålla sig till prejudikat kan skilja sig åt beroende på prejudikatet i fråga. Givet att tillämpliga prejudikat endast kan frångås då rimliga skäl anföras, är det av intresse att vidare diskutera vad sådana skäl kan bestå i. Denna uppgift lämnar jag dock gladeligen över till någon annan mer lämpad.

Förnärvarande nöjer jag mig med en ökad kunskap om prejudikatsbundenhet och en utgångspunkt att förhålla mig till när jag själv är yrkesverksam jurist; beakta prejudikaten och avser du att inte använda ett tillämpligt sådant, förklara varför.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Prop. 1971:45 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om ändring i rättegångsbalken.

Prop. 1972:5 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till skadeståndslag m.m.

Prop. 1975:78 Om lagstiftning angående ansvar för funktionärer i offentlig verksamhet m.m.

Prop. 1988/89:78 Om Högsta domstolen och rättsbildningen.

Prop. 1988/89:113 Om ändring i brottsbalken (tjänstefel).

SOU 1986:1 Översyn av rättegångsbalken: delbetänkande.

JO 1947 Justitieombudsmannens ämbetsberättelse.

1 LU 1947:1 Första lagutskottets utlåtande.

JuU 1971:7 Justitiekommitténs betänkande i anledning av Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om ändring i rättegångsbalken m.m.

Rättsfall

NJA 1994 s. 194

NJA 2013 s. 842

NJA 2005 s. 385

Litteratur

Asp, Petter, 'Skäl, slut och skiljaktighet – noteringar kring svensk prejudikatlära', *Svensk Juristtidning* 2021 s. 444–473 [Cit. Asp (2021)].

Bernitz, Ulf, 'Introduktion', i *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Bernitz, Ulf, Carlsson, Mia, Heuman, Lars, Leijonhufvud, Madeleine, Magnusson Sjöberg, Cecilia, Seipel, Peter, Warnlin Conradsson, Wiweka & Vogel, Hans-Heinrich, Femtonde upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2020 [Cit. Bernitz (2020)].

Dahlman, Christian, *Rätt och rättfärdigande en tematisk introduktion i allmän rättslära*, TPB, Johanneshov, 2010 [Cit. Dahlman (2010)].

Fitger, Peter, Sörbom, Monika, Eriksson, Tobias, Hall, Per, Palmqvist, Ragnar & Renfors, Cecilia, Rättegångsbalken (Version 91, JUNO) [Cit. Fitger m.fl. (JUNO)].

Gregow, Torkel, 'Obiter dictum, något att uppmuntra eller motarbeta', *Juridisk Tidskrift*, 2015–16 nr 1 s. 36–49 [Cit. Gregow (2015)].

Heuman, Lars, 'Högsta domstolens prejudikatnedbrytande verksamhet' i *Festskrift till Per Olof Bolding*, Heuman, Lars (red.), Juristförl., Stockholm, 1992 [Cit. Heuman (1992)].

Heuman, Lars, 'Rättspraxis' i *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Bernitz, Ulf, Carlsson, Mia, Heuman, Lars, Leijonhufvud, Madeleine, Magnusson Sjöberg, Cecilia, Seipel, Peter, Warnlin Conradsson, Wiweka & Vogel, Hans-Heinrich, Femtonde upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2020 [Cit. Heuman (2020)].

Kleineman, Jan, 'Vad en domare bör veta – ett rättsfall om statens ansvar vid felaktig rättstillämpning', *Juridisk Tidskrift*, 1994–95 nr 1 s. 141–149 [Cit. Kleineman (1994)].

Kleineman, Jan, 'Rättsdogmatisk metod' i *Juridisk metodlära*, Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018 [Cit. Kleineman (2018)].

Lind, Johan, 'Högsta domstolen och fråga om doktrin och motiv som rättskälla', *Juridisk Tidskrift*, 1996–97 nr 2 s. 352–370 [Cit. Lind (1996)].

Munck, Johan, 'Prejudikat, lagmotiv och tjänstefel' i *Festskrift till Madeleine Leijonhufvud*, Norée, Annika (red.), 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2007 [Cit. Munck (2007)].

Munck, Johan, 'Rättskällor förr och nu', *Juridisk Publikation* 2014 s. 199–208 [Cit. Munck (2014)].

Peczenik, Aleksander, *Juridikens metodproblem: rättskällevärd och lagtolkning*, 2. uppl., AWE/Geber, Stockholm, 1980 [Cit. Peczenik (1980)].

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995 [Cit. Peczenik (1995)].

Ramberg, Christina, *Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten*, Upplaga 1, Wolters Kluwer, Stockholm, 2017 [Cit. Ramberg (2017)].

Ramberg, Christina, 'Prejudikat som rättskälla', *Svensk Juristtidning* 2017 s. 773–782 [Cit. Ramberg (2017a)].

Strömholm, Stig, 'En svensk prejudikatlära: behov och möjligheter', *Svensk Juristtidning* 1984 s. 923–945 [Cit. Strömholm (1984)].

Strömholm, Stig, Lyles, Max & Valguarnera, Filippo, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära*, Sjätte upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2020 [Cit. Strömholm m.fl. (2020)].

Westberg, Peter 'Prejudikattolkningens ABC' i *Normativa perspektiv: festskrift till Anna Christensen*, Numhauser-Henning, Ann (red.), Juristförlaget i Lund, 2000 [Cit. Westberg (2000)].