

MIKAEL MELLQVIST

Förmögenhetsrättsliga prejudikat – en nödvändig rättskälla*

I angloamerikansk rätt har man inte kunnat enas om hur prejudikat fungerar som rättskälla; inte beträffande metoderna för att fastställa ratio decidendi, inte hur särskiljande ska ske och inte heller i vilken utsträckning det är lämpligt eller tillåtet att avvika från prejudikat-skapade regler.¹

1. INLEDNING

Högsta domstolen är som bekant i praktiken en renodlad prejudikatinstans. Det betyder bl.a. att Högsta domstolen, till skillnad mot underinstanserna, inte har parterna som huvudsakliga adressater för sina avgöranden.² De huvudsakliga mottagarna av Högsta domstolens domar och beslut är i stället underinstanserna, Högsta domstolen själv och andra rättstillämpare. Det innebär att ett avgörande från Högsta domstolen måste skrivas på ett annat sätt än ett avgörande i underinstans. Och det betyder att en dom från Högsta domstolen måste läsas på ett annat sätt än en hovrätts- eller tingsrättsdom. Det betyder också att Högsta domstolen kan ha anledning att utöva processledning på ett särskilt sätt. Och det sagda gäller trots att samma

* Denna artikel är tidigare publicerad i SvJT 2017 s. 805 ff. Såväl författaren som förlaget har godkänt denna publicering.

¹ Christina Ramberg i *Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten*, Stockholm 2017, s. 217. Frågan blir naturligtvis då hur vi i Sverige ska klara av att skapa en allmänt accepterad prejudikatlära. Hur som helst är Christina Rambergs bok ett mycket gott underlag för en vidare diskussion. I den här artikeln kommenteras Christina Rambergs artikel "Prejudikat som rättskälla" (SvJT 2017 s. 773).

² Jfr Torkel Gregow i *Festskrift till Gösta Walin* s. 105.

processuella regelverk gäller för samtliga tre instanser.³ Frågan blir då hur man ska läsa Högsta domstolens domar. Hur ska de tolkas? Och vad är det som karaktäriserar ett prejudikat? Och hur ser ett bra prejudikat ut? Slutligen; Kan ett avgörande från Högsta domstolen fylla någon ytterligare funktion än att just vara ett prejudikat?

Professor Christina Ramberg behandlar dessa frågor i en artikel, i detta nummer av Svensk Juristtidning, som utgör en kortare sammanfattning av hennes nyutkomna bok *Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten*. Här följer i anledning av hennes artikel några selektiva reflexioner och inpass.

2. DOMAREN SOM RÄTTSSKAPARE OCH RÄTTSTILLÄMPARE

Justitieråden i Högsta domstolen har ”olika grundinställning till rätten”, skriver Christina Ramberg. Så sant som det är sagt. Och det gäller inte bara justitieråden utan alla landets domare, kan man skjuta in. Och det ”är inte beklagansvärt”, fortsätter hon. Det är lika sant det. Kanske är det dessutom i vissa fall så att en och samma domare inte har samma ”grundinställning” sitt domarliv igenom. Det kan också vara så att en domare inte har någon bestämd ”grundinställning” till sitt värv, utan har ett mer flexibelt förhållningssätt till uppgiften (dvs. ”grundinställningen” är att inte ha någon grundinställning). Allt detta gör det givetvis svårt (omöjligt?) att på en enskild domare klistra fast någon av de teoretiska etiketterna för attityden till sitt dömande som Christina Ramberg presenterar (den deklatoriska teorin, fasadteorin, transparensteorin och den aktivistiska teorin). Men inte heller det är, enligt min mening, något som det finns anledning att beklaga. Det är ingen svårighet att instämma i vad Christina Ramberg säger om att ”mångfalden av domares inställning till rättsutvecklingen skapar en balanserad helhet”. Bortsett

³ Det förhållandet att partsautonomin inte är lika framträdande i HD innebär, enligt min mening, att HD kan ta sig större friheter än underinstanserna vad gäller att tolka hur parterna formulerat sin talan. Men framför allt bör HD använda sin frihet till att processledningsvis aktivt förmå parterna att formulera sig på visst, prejudikatgynnande, sätt. Men jag misstänker att sådan aktiv och konstruktiv processledning tyvärr kanske inte är så vanlig. Se angående detta i relation till rättsfallet NJA 2015 s. 186, Mikael Mellqvist i Ny Juridik 3:15 s. 17.

från det har dock hennes teoribildning som sådan ett betydande retoriskt och pedagogiskt värde.

Men nu är det, i en prejudikatdiskussion, mer intressant att fundera över *rättstillämparens* förhållningssätt till de olika rättskällorna än det är att fundera över *rättsskaparens* inställning till sitt värv. När det gäller justitieråden i Högsta domstolen intar de emellertid en särställning i och med att de har rollen som rättstillämpare och rättsskapare.⁴ Det finns därför anledning att skilja mellan prejudikatens betydelse för å ena sidan domaren i tings- och hovrätt och å den andra sidan domaren i Högsta domstolen.

En gång i tiden rönt det stor uppståndelse när JO uttalade att ”ett av Högsta domstolen i plenum med stor majoritet träffat avgörande borde utan vidare följas av underdomstolarna”, vilket av riksdagen (första lagutskottet) bemöttes med ”att endast tyngden av de skäl som av Högsta domstolen åberopas till motivering för domsluten bör vara avgörande för Högsta domstolens inflytande på rättstillämpningen i de lägre instanserna”.⁵ Diskussionen om absolut kontra relativ prejudikatbundenhet ska inte föras här; den är i praktiken dessutom tämligen ointressant. Praxis är de facto en av flera vedertagna rättskällor av betydande dignitet och dessa källor låter man sig inspireras av i sitt dömande. Den praktiskt sett mer intressanta frågan är hur man värderar praxis (och andra rättskällor), dvs. hur man tolkar ett givet HD-avgörande, vilken generell räckvidd ett HD-avgörande bedöms ha, hur ett enskilda HD-avgörande ska infogas i den totala rättskällebilden m.m. Den allmänna ståndpunkten i dag är att såväl 1) vad Högsta domstolen uttalar som 2) att det är *just Högsta domstolen* som uttalar det, har betydelse.

⁴ På ett teoretiskt plan är det omdiskuterat i vilken utsträckning och på vilket sätt Högsta domstolen är rättsskapande och t.o.m. om den över huvud taget är det. På ett praktiskt plan torde det dock vara alldeles uppenbart att den har den rollen – och att den rollen är domstolens primära uppgift.

⁵ I anledning av uttalandena tillställdes landets professorer i processrätt en enkät vars svar redovisades i SvJT. Se SvJT 1947 s. 231 f. och s. 285 f. Se också Stig Strömholm i Rätt, rättskällor och rättstillämpning s. 385 och densamme i SvJT 1984 s. 935. Han uttrycker mycket expressivt att prejudikat har persuasiv, men inte auktoritativ, verkan. Jfr å andra sidan Jacob W. F. Sundberg, fr. Eddan till Ekelöf, 2 uppl. Stockholm 1978 s. 25 f., Alexander Peczenik, Vad är rätt s. 239 och Torkel Gregow i Festskrift till Gösta Walin s. 107 f.

Det som behandlas i denna artikel är alltså inte frågor om och varför Högsta domstolens avgöranden är en rättskälla – och vilken status den har jämfört med andra rättskällor. Utgångspunkten är i stället att dessa avgöranden är en mycket betydelsefull rättskälla och här behandlas hur denna rättskälla ska förstås och användas. Lars Hjerner uppehåller sig i sin bok *Om rättsfallstolkning* en hel del vid skillnaden mellan en subjektiv och en objektiv tolkningsmetod.⁶ Han påpekar där att en subjektiv metod egentligen är den mest sanningsökande och därför en mer exakt form av vetenskap i det att den strävar efter att utröna upphovsmännens avsikter, men han underkänner en sådan metod som grund för en prejudikatlära. Och det är väl okontroversiellt. Ett prejudikat (som vilken annan dom som helst) måste analyseras och värderas som sådant, utan sneglingar mot upphovsmännens tankar och avsikter när det kom till. Och som tillämpare är vi jurister sällan särskilt intresserade av att fråga de deltagande justitieråden om tankar och avsikter bakom olika skrivningar. Eventuella svar på sådana frågor saknar ju relevans för tolkningen och värderingen av prejudikatet. Å andra sidan vet ju ”alla” att vi som läser prejudikat och tillämpar dem fäster avseende vid vilka fem justitieråd som deltagit i avgörandet och utifrån detta tillmäter avgörandena olika status (jodå, det gör vi visst!). Det är naturligtvis något ingen av oss tillstår ”officiellt”, men ”inofficiellt” har detta stor betydelse för oss och vår användning av avgörandet i vårt eget dömande. Men då har vi lämnat själva domen (prejudikatet) som rättskälla och glidit över till en annan, och betydligt mer kontroversiell, rättskälla; nämligen domarens personliga ethos.⁷ Det kan kännas svårt att vidgå att det senare skulle ha betydelse – för att värna sin objektivitet är det därför säkrast att förneka det. Det rör sig om samma förhållningsätt till sanningen som gäller för oss som skriver domar; de verkliga skälen för ett avgörande sätts inte alltid på pränt, de stannar ofta i

⁶ Om rättsfallstolkning, 2 uppl. 1979, s. 19 f. Första upplagan av den boken (ett litet men naggande gott häfte) kom 1962 (tror jag) som form av ett kompendium för studenter.

⁷ Detta har utvecklats av Ande Somby i hans avhandling, *Juss som retorikk*, Tromsø 1999. Se ang. denna avhandling Mikael Mellqvist i SvJT 2004 s. 818.

våra huvuden.⁸ Vi är inte bara jurister och domare. Vi är människor också.

När det gäller förhållandet mellan ett prejudikat och prejudikatets upphovspersoner diskuteras tid efter annan om dessa personer bör skriva artiklar rörande rättsfall vars tillkomst de har del i, om de bör hålla i seminarier/kurser där rättsfallen analyseras m.m. Givet är att man inte kan uppställa några förbud i dessa hänseenden. Och jag kan inte se det som olämpligt med sådana aktiviteter eller sådant deltagande. Två saker är dock viktiga att hålla i minnet. För det första att Högsta domstolens prejudikat är tillkomna i en kollegial sammansättning. Det manar till en självklar försiktighet för en enskild ledamot när hen uttalar sig på egen hand om ett fall hen deltagit i. För det andra, och viktigare, har upphovspersonerna inte något tolkningsföreträde när ett prejudikat analyseras och värderas. Det är samma förhållande som gäller den som i Regeringskansliet har varit med om att utarbeta en proposition eller den som i egenskap av utredare har tagit fram ett utredningsbetänkande. Jag skulle till och med vilja hävda att sådana upphovspersoner som "insiders" generellt sett är sämre skickade än andra att analysera och värdera "egna" prejudikat (respektive lagar). Det hänger samman med att de inte kan frigöra sig från sitt deltagande och därför inte har den absolut nödvändiga distansen till det som ska tolkas och tillämpas. De vet helt enkelt "för mycket" och har svårt att separera rättskällerelevanta omständigheter från andra. Återigen; vi är inte bara jurister och domare utan också människor.

3. VAD HÖGSTA DOMSTOLEN GÖR, VAD DEN SÄGER, VAD DEN SÄGER ATT DEN GÖR OCH OM DEN GÖR SOM DEN SÄGER

Vad Högsta domstolen gör – och vad vilken domstol som helst gör – är att meddela ett avgörande; en dom eller ett beslut. "X förpliktas att till Y betala 100 000 kr." Det är ett exempel på ett enkelt domslut.

⁸ Inte heller detta är det många som vidgår "officiellt", vilket dock inte förtar påståendet dess riktighet.

I ett snävt partsperspektiv är det domslutet som är det viktiga. Resten, dvs. domskälen, är parterna sällan särskilt intresserade av (i vart fall inte om tvisten vunnits). I ett prejudikatperspektiv kan man faktiskt säga att det förhåller sig precis tvärtom. Högsta domstolens domslut isolerat säger prejudikattillämparen inte särskilt mycket, om ens något. Domslutet måste knytas ihop med skälet/skälen för domslutet för att det ska bli intressant.

Såväl vad Högsta domstolen gör (domslutet) som vad den säger (domskälen) är alltså av intresse och betydelse i ett prejudikatperspektiv. Då och då händer det emellertid att Högsta domstolen säger att den gör något men i själva verket gör något annat än det den säger att den gör. Även det måste man som tillämpare förhålla sig till. I brist på närmare reglering av vad ett prejudikat består av måste man utgå från att Högsta domstolens hela avgörande (slutet och skälen in extenso) har prejudikatverkan – och kanske kan också det Högsta domstolen rent faktiskt gjorde i det aktuella fallet ha sin betydelse. Trots det är det vedertaget att anse att prejudikatet är snävare, betydligt snävare, än så. Det brukar uttryckas som att det enbart är utgången och det för utgången avgörande skälet/skälen (*ratio decidendi*) som utgör prejudikatet. Inte nog med det; man måste dessutom gå ett steg till och ur detta *ratio decidendi* vaska fram en *rättsregel med generell bärkraft*. Först då har man ett prejudikat! Men med denna insävning har man ändå inte kommit ifrån att hela avgörandet kan ha prejudicerande betydelse. Men *ratio decidendi* och den därur framtagna generella rättsregeln har otvivelaktigt en särställning när prejudikatet ska analyseras och användas i tillämpningen. Det är prejudikatets hårda kärna. Men jag vill ändå lyfta fram att resten – vad Högsta domstolen gör och säger i övrigt – inte saknar intresse.

Tillämparens sökande efter *ratio decidendi* står alltså i första hand i fokus för analysen av avgörandet. I andra hand gäller det att med ledning av *ratio decidendi* formulera en generell rättsregel som kan appliceras på kommande fall.

Christina Ramberg redovisar i sin artikel (och bok) en analysmodell, för användningen av prejudikat i rättstillämpningen, bestående av fyra huvudsakliga delmoment.

1. Ett fastställande av ratio decidendi, dvs. att identifiera rättsregeln i prejudikatet.
2. Ett avgörande om prejudikatet (rättsregeln i det) är relevant eller irrelevant för det fall som tillämparen står i begrepp att bedöma.
3. Bedöma om det finns anledning att avvika från det i och för sig relevanta prejudikatet.
4. Bedöma om omständigheterna är lika eller olika så att prejudikatet ska följas (lika omständigheter) eller särskiljas (olika omständigheter).

Hon utvecklar också vad gäller det första momentet olika modeller för fastställandet av ratio decidendi; regelmodellen, resultatmodellen och ändamålsmodellen.⁹ Jag ska här inte närmare recensera dessa modeller. Men jag kan emellertid utan reservationer – i vart fall spontant – skriva under på ovan angivna övergripande analysmodell. I övrigt vill jag framföra följande korta synpunkter.

4. LÄROBOKSDOMSKÄL

Som ”uppvärmning” börjar jag med en av de mindre skarpa frågorna nämligen den om ”läroboksdomskael”, dvs. enligt Christina Ramberg ”omfattande generella beskrivningar av rättsläget”. Hon rekommenderar att Högsta domstolen avstår från sådana skrivningar (skäl). Hennes ratio decidendi för det ställningstagandet är att ”det finns en risk för att allmänheten kan förledas tro att de har ett starkt prejudikatvärde” och att de skapar ”förvirring” hos allmänheten. Jag tror för det första att ”allmänheten” inte utgör någon större eller viktigare läsekrets vad gäller Högsta domstolens domar. Och om nu någon sådan

⁹ Jfr Lars Hjerner som i Om rättsfallstolkning (s. 16 f.) laborerar med motsatsparen aktiv-passiv, konstruktiv-destruktiv och extensiv-restriktiv rättsfallstolkning.

person läser ett avgörande från Högsta domstolen kan man förmoda att vederbörande inte funderar särskilt mycket över avgörandets prejudikatvärde och hur det ska bestämmas. Risken för "förvirring hos allmänheten" torde man därför kunna bortse från. Utgångspunkten måste i stället vara att läsarna och analytikerna av ett prejudikat inte bara är jurister utan till och med tämligen högkompetenta sådana. Och med tanke på den läsekretsen skulle man möjligen kunna tänka sig att "läroboksdomsfäl" är helt överflödiga. Men jag vet inte om jag riktigt är beredd att dra den slutsatsen. Det finns en retorisk poäng med att domskäl (liksom vilket litterärt alster som helst) har en röd tråd med en början med ett något bredare anslag och en tillspetsning mot slutet. För att åstadkomma det kan det behövas att även vissa självklara utgångspunkter och definitioner presenteras för helhetens och sammanhangets skull. Det kan vara retoriskt undermåligt om domen är "tyst" i inledande delar (som ju skrivna eller oskrivna ändå "finns") för att i stället abrupt påbörjas nära slutet (slutsatsen) med intrikata resonemang. "Läroboksdomsfäl" ska givetvis inte i så fall röra alltför elementära förhållanden, men även en kompetent läsare kan behöva en vägledande "ingång" till de i fallet avgörande frågorna (jfr en idrottares uppvärmning inför en match). Den kompetenta läsaren kan på så vis få hjälp med att tidigt "sortera bort" vissa av de egna (i och för sig kompetenta) tankarna rörande det "ämne" (rättsområde) som fallet rör för att i stället gaffla in på rätt tankespår och mer intensivt kunna fokusera på vad som mer specifikt uttalas inom ramarna för prejudikatet i fråga. Jag kan emellertid rent allmänt gärna instämma i vad Christina Ramberg säger om att den "moderna domskälsretoriken, med ymniga hänvisningar till prejudikat och förarbeten" (stundom av mallartat slag) är en styggelse. Men detta gäller underinstanser, som vill "skryta med" hur många rättsfall man har studerat (trots att man inte har det) och hur många förarbetsuttalanden man sparat upp (trots att man inte gjort det), inte Högsta domstolen.

5. AVGÖRANDE, ÖVERFLÖDIGA OCH ANDRA SKÄL DÄREMELLAN

Jag har här tidigare uttalat att den hårda kärnan av prejudikatet utgörs av vad Högsta domstolen gör (domslutet) parat med hur den motiverar att den gör som den gör (ratio decidendi). Ett avgörande från Högsta domstolen är dock avsevärt fylligare än så. Vilken betydelse har då allt det där övriga som uttalas i ett avgörande från Högsta domstolen (obiter dicta)?

För det första måste man bestämma vad som utgör ratio decidendi i ett avgörande och vad som skiljer sådana skäl från övriga skäl. Ibland kan det vara lätt, mycket lätt till och med, men i vissa andra fall kan detta erbjuda betydande vanskligheter. I det allra enklaste fallet följer ett domslut direkt av en enda rättssats som tydligt angetts i domskälen. Då finns det endast ett enda ratio och givetvis är det decidendi. Nu skrivs ytterst sällan domar på det rudimentära sättet. I stället anger domstolen flera skäl; sam- och/eller motverkande och väger dessa på skilda sätt. Då kan det vara svårare att bestämma vad som utgör ratio decidendi och vad som är uttalanden i övrigt (obiter dicta). Jag vänder mig åter till Lars Hjern, som uttalat.¹⁰

Om domen är som den borde vara, skall domslutet framstå såsom sprunget ur de rättssatser som i domskälen åberopas. Domskälen är emellertid till sin natur teori, de kunna vara sanna eller falska, de kunna också, ehuru möjligen sanna, vara mer eller mindre överflödiga i förhållande till det domslut som är i fråga. Domskälens riktighet verifieras i första hand och immanent av den mån i vilken de äro *nödvändiga* för att rättfärdiga domslutet liksom i vad mån domslutet är den *nödvändiga* konsekvensen av rättssatsen i fråga. I den mån de icke verifieras äro de icke förmer än andra utsagor om rättssatser, t.ex. sådan som förekomma i den juridiska doktrinen. Deras prejudikatvärde är alltså nedsatt så länge de icke på dylikt sätt verifierats.¹¹ Kan domslutet följa av vilketdera av två från var-

¹⁰ Om rättsfallstolkning s. 44 f.

¹¹ Notera alltså att han säger att prejudikatvärdet av obiter dicta är "nedsatt", inte att det är "obefintligt".

andra fristående skäl, verifierar de ju icke helt något av dessa skäl. De komma i enlighet härmed också att delvis förtaga det ena det andra dess prejudicerande verkan.

Lars Hjerter fortsätter sina resonemang och kommer fram till slutsatsen att frågan om rättsatser som uttrycks i domskälen kan karaktäriseras på ett mer nyanserat sätt än enbart i *endera* direkt avgörande eller *annars* övriga skäl. Han berör tre kategorier, ratio decidendi, immanenta obiter dicta och obiter dicta. Mellankategorin utgörs här av skäl som ur domstolens synpunkt utgör ratio decidendi men som av en utomstående läsare kan uppfattas som ett obiter dictum. Hos mig smyger tanken in att man kanske kan komplicera detta ytterligare. De Lars Hjerter benämner ”immanenta obiter dicta” kan utan alltför vidlyftiga operationer beskrivas som skäl som på *något sätt* kan anses befinna sig i gränslandet mellan direkt avgörande och övriga skäl. Christina Ramberg är inne på det spåret i det att hon uttalar att det finns obiter dicta av olika slag och att alla dessa inte har samma tyngd (men tydligen någon tyngd). Man skulle alltså ha att göra med en sorts fallande skala med klara ratio decidendi i toppen och uppenbartöverflödiga skäl (jfr läroboksdomskael) i botten. Men det finns även fortsatt all anledning – vilket Christina Ramberg också framhåller – att kunna bestämma vad som utgör ratio decidendi i ett fall. Den rättsats som kan utläsas ur det för domslutet avgörande skälet är ju prejudikatet i snäv betydelse. Obiter dicta – i vart fall vissa sådana – kan man dock inte helt bortse ifrån och i vissa fall kan obiter dicta vara verkligt ”starka”. Om man vill etikettera dem som och jämställa dem med ”doktrinuttalanden” kan man väl göra det, men varför inte behandla dem för vad de är och beteckna dem vid dess rätta namn, dvs. ”Högsta domstolens domskael”. De har inte digniteten av ett prejudikat men tillämparen kan här hämta inspiration för sina egna rättsanalyser. Dessa domskael (obiter dicta) kan då givetvis ha olika tyngd – och vilken tyngd de har i enskilda fall kan vara av största vikt för tillämparen att bedöma. Det är så deras rättskaellevärde bestäms – inte genom generella uttalanden om obiter dicta som kategori.

6. ENHÄLLIGHETER, SKILJAKTIGHETER OCH TILLÄGG

Det förefaller numera råda stor enighet om att ett prejudikat från Högsta domstolen har karaktär av just prejudikat och att digniteten är densamma oavsett om det är en plenidom, en 5–0-dom, en 3–2-dom eller en dom med någon annan majoritet.¹² Till detta vill jag endast kort och gott säga att någon annan ordning skulle vara mycket svår att hantera och jag ska inte beröra detta mer här.

Intressantare att diskutera är betydelsen av skiljaktiga meningar och majoritetstillägg. I flera rättssystem är det inte tillåtet med skiljaktigheter; där måste domstolen vara enig.¹³ Ett sådant kollektivistiskt system bäddar, enligt min mening, för otydligheter till följd av kompromisser och gagnar inte praxis som rättskälla. Därmed sagt att jag föredrar vårt svenska system med individuellt dömande och ansvariga domare. Även i ett sådant system kan givetvis ett majoritetsvotum vara frukten av sammanjämknings, men det har då inte skett under samma tvång.

Förekomsten av skiljaktiga meningar är alltså en konsekvens av det svenska systemet. Men jag vill mena att skiljaktiga meningar dessutom har reella funktioner att fylla. Och jag tror inte — som Christina Ramberg — att skiljaktiga meningar är ett resultat av ”slitningen mellan konservativa och progressiva krafter”. Det är att höja (eller kanske sänka) detta till en nivå som ger sken av att Högsta domstolens ledamöter skulle vara besjälade av att driva särskilda (rätts) politiska linjer eller verka för att genomföra en mer programistisk styrning av rättsutvecklingen. Att leta efter sådana dolda agendor tror jag är fruktlöst. I stället tror jag att skiljaktigheterna helt enkelt bottnar i att ledamöterna i det enskilda fallet gör olika avvägningar och tillmäter relevanta argument olika tyngd.

¹² Förutom Christina Ramberg, se t.ex. Torgny Håstad i Festskrift till Per Henrik Lindblom, Uppsala 2004, s. 303 och Torkel Gregow i Festskrift till Gösta Walin, Stockholm 2002 s. 105. Vid ett civilrättsseminarium jag för många år sedan höll i hade det blivit 3–0 i tingsrätten, 4–0 i hovrätten och 2–3 i Högsta domstolen. Av totalt 12 domare var det alltså 3 som stod bakom prejudikatet. Flertalet av studenterna tyckte att det var en märklig ordning – men juridiken bjuder ibland på sådana ”märkligheter”.

¹³ Jfr Torgny Håstads i föregående not nämnda festskriftsartikel.

En viktig och – i vart fall av mig – uppskattad funktion hos den skiljaktiga meningen är att den kan ge relief och skänka pregnans åt majoritetens votum och därmed underlätta tolkningen av prejudikatet. Prejudikatet blir helt enkelt tydligare, och därmed starkare tack vare den skiljaktiga meningen. I de fall majoritetens votum inte behöver denna ”hjälp” för att vara tydligt kan den skiljaktiga meningen också bidra till att belysa ett vidare frågekomplex än enbart själva kärnfrågan (prejudikatet). Utöver kännedom om den prejudicerande rättsatsen, vilket givetvis är det väsentliga ur ett snävt rättskälleperspektiv, får man som läsare värdefull ”överskottsinformation” som kan vara mycket användbar i olika sammanhang. Man kan som rättstillämpare exempelvis här hämta inspiration vid analysen av ett fall som har beröringspunkter med prejudikatet, men som av en eller annan anledning inte får sin lösning med hjälp av det. Den skiljaktiga meningen har i sig alltså inte någon prejudikatfunktion, men den kan dels bidra till tolkningen av prejudikatet och bestämmandet av den rättsgrundsats som kan härledas ur prejudikatet, dels tillhandahålla juridisk argumentation i närliggande frågor.

Christina Ramberg är i sin artikel inne på att majoritetstillägg bör förbjudas eftersom de dels inte fyller någon angelägen funktion, dels riskerar att missförstås vad gäller rättskällevärdet. Hon uttalar i anslutning till det att tilläggen riskerar att de facto få ett rättskällevärde som visserligen är lägre än domskälen (prejudikatet), men sannolikt högre än rättskällevärdet av ”vanliga” doktrinuttalanden. Möjligen aningen provokativt skulle jag vilja kontra med att det inte bara de facto förhåller sig på det sättet, utan att det också kanske bör ses på det sättet. Det kanske inte är frågan om något ”missförstånd” att ge tilläggen denna dignitet. För att använda Stig Strömholms terminologi kanske tilläggen inte bara har persuasiv utan också har – och ska ha – viss auktoritativ verkan. Det skulle i så fall innebära att tilläggen har någon form av ”sidofunktion” som en rättskälla per se. Så är det dock få (bara jag?) som ser det och t.ex. Anders Knutsson som i en festskriftartikel ”lovsjunger” tilläggen synes inte heller tillskriva dem

något rättskällevärde utöver ”vanliga” doktrinuttalanden.¹⁴ Detta kan givetvis problematiseras på olika sätt. I en metod- och formbunden rättskällelära där man strävar efter att tillskriva varje rättskälla en generellt bestämd valör finns det kanske ingen plats för tilläggen. Men i en mer frigjord (dvs. verklighetsförankrad) rättskällelära där man ser mer dynamiskt på rättskällorna och deras tämligen intrikata växelverkan borde det inte vara omöjligt att infoga tilläggen som en ”egen kategori” av rättskälla. I vart fall torde det väl vara så att så länge som rättstillämparen de facto låter sig inspireras av vad som uttalas i tilläggen (och det gör många tillämpare) så är det onekligen en rättskälla, låt vara att man i nästa steg kan diskutera digniteten. Vid ett sådant mer dynamiskt (anarkistiskt kanske någon skulle säga) synsätt görs över huvud taget inte någon statisk indelning i ”tillättna” respektive ”förbjudna” rättskällor.

Komplexiteten i det sagda kan eskaleras ytterligare. Det är sällan man kan hitta svaret på ett juridiskt problem i endast en enda rättskälla. Tillämparen söker oftast simultant i flera rättskällor samtidigt. Dessutom sker sökandet vanligen på olika ställen i en och samma källa. Det slutliga resultatet av rättstillämpningen bygger sedan på att tillämparen kombinerat fynd från flera olika rättskällor och från flera platser i samma källa. Vid ihopvävandet av alla dessa rättskällefynd är det svårt att se varför inte Högsta domstolens majoritetstillägg (och även skiljaktiga meningar) skulle kunna ha en värdefull funktion att fylla. Jag tror inte heller att risken är särskilt stor att betydelsen av dessa tillägg värderas för högt (eller på annat sätt felaktigt) av tillämparen.

7. KONTROVERSIELLA PREJUDIKAT

Att inte ”kvälja dom” är dygd, inte minst bland domare. Jag vänder mig mot denna dygd. Om inte vi domare kan ifrågasätta och diskutera riktigheten/lämpligheten av domstolsavgöranden överlåter vi det debattutrymmet till andra, typiskt sett mindre insiktsfulla, personer. Det ska vi inte göra. Nämnda domardygd gäller dock knappast

¹⁴ Anders Knutsson i Festskrift till Bertil Bengtsson, Stockholm 1993 s. 271.

för Högsta domstolens avgöranden. Dessa avgöranden får man ge sig på och det görs också frekvent. Och det är bra. Anledning till denna tillåtlighet är lättfunnen. En domare kan i sin dagliga gärning strunta i tings- och hovrättsavgöranden. Men Högsta domstolens avgöranden måste man som domare förhålla sig till – ibland med resultat att man måste lyda dem. Och då vill man ha ”bra” vägledning. Får man ”dålig” vägledning är det störande och då måste man få reagera. Och det gör man. Samtidigt är beredskapen hög att lyda även ”dåliga” anvisningar från Högsta domstolen. Den juridiska litteraturen är späckad med skarpt kritiska omdömen om olika HD-avgöranden. Sådan kritik framförs också vid akademiska seminarier, praktiskt inriktade kurser m.m. Allt detta vittnar – till synes kanske paradoxalt – om en mycket stor respekt för prejudikat som rättskälla och en hög ”lydnadsbenägenhet” hos svenska jurister. Vore prejudikaten inte betydelsefulla skulle det ju inte vara värt mödan att kritisera dem.

Ett exempel på det sagda, dvs. att prejudikat, inte minst inom förmögenhetsrätten, är ett frekvent föremål för kritik, ibland häftig sådan, är Stefan Lindskogs *Betalning* där upp emot 100 prejudikat angrips mer eller mindre skarpt.¹⁵ Det exemplet rör alltså *en* bok av *en* författare. Även andra är aktiva på samma sätt. Men – som sagt – detta kritiserande är av godo. Och det är inte alltför svårt att hantera ”dåliga” prejudikat.

Med Christina Rambergs begreppsbildning kan man ofta i ett första steg bedöma ett sådant fall som irrelevant. Om inte, kan de i ett andra steg, särskiljas. Och till sist kan man, i ett tredje steg, avvika från dem. Det kan i förlängningen – om tillräckligt många tillräckligt ofta på ett eller annat sätt ”rundar” prejudikatet – innebära att det förtvinar och blir obsolet.

Ett på senare tid ifrågasatt – till och med häftigt ifrågasatt – avgörande är NJA 2016 s. 107.¹⁶ Högsta domstolens båda av vissa betraktade som efterföljande ”cover- up-beslut” har inte heller bidra-

¹⁵ Stefan Lindskog, *Betalning*, Stockholm 2014. Jfr min anmälan i JT 2015–16 s. 976. Jag har dessutom tillgång till en skriven förteckning över de angripna rättsfallen.

¹⁶ Se Alexander Unnersjö i JT 2015–16 s. 409, Torgny Håstad i JT 2016–17 s. 102, Patrik Schöldström i SvJT 2017 s. 142 och Göran Lambertz i SvJT 2017 s. 334.

git till att mildra kritiken.¹⁷ Ifrågasättandet av ursprungsavgörandet har haft såväl materiella (civilrättsliga) som processuella förtecken. Det har således i den civilrättsliga ”delen” gjorts gällande att Högsta domstolen frångått i praxis och doktrin väl etablerade civilrättsliga principer av såväl skuldebrevsrättsligt som kommissionsrättsligt slag och, inte minst, fasta principer vad gäller interventionsbetalningar. I den processuella ”delen” har hävdats att Högsta domstolen har åsidosatt den fundamentala processrättsliga principen i 17 kap. 3 § rättegångsbalken om att en domstol inte får döma över annat än vad part i behörig ordning har åberopat till grund för sin talan liksom även bestämmelsen i 35 kap. 3 § rättegångsbalken om verkan av parts erkännande av viss omständighet. Avgörandets förhållande till principen *iura novit curia* och Högsta domstolens bristande processledning har också kritiserats.

NJA 2016 s. 107 bjuder på många tillfällen till analyser av olika slag i termer av prejudikat som rättskälla. I fallet hade några personer på visst sätt garanterat en nyemission. När förutsättningar för ett ianspråktagande av garantin uppstod vägrade garanterna att infria sina garantier (om att teckna aktier). I stället tecknades aktierna av en tredje man. Emissionen blev därigenom fulltecknad. Frågan i målet var egentligen om garanterna på grund av sina garantiåtaganden kunde förpliktas att av tredje man köpa aktierna denna tecknat. Frågan i målet blev dock – genom Högsta domstolen trollerinum- mer (se nedan), hävdas det – om garanterna kunde förpliktas att ”på något sätt” och av ”någon anledning” ersätta tredje man.

Inledningsvis kan konstateras att tings- och hovrätten mycket fokuserat går ”direkt på mål” och avgör målet på ett förväntat sätt utifrån parternas processföring. Den enkla lösningen är att om ett åtagande har fullgjorts (tecknandet av aktier) kan den som har garanterat åtagandet inte också förpliktas att fullgöra exakt samma åtagande (jfr punkt 61 där Högsta domstolen just uttalar att emit-

¹⁷ Högsta domstolens beslut ang. klagan över domvilla den 19 september 2016 (Ö 1810-16) och resning den 19 april 2017 (Ö 5886-16). Särskilt det förstnämnda beslutet sticker ut i det att den ångsliga beröringskräcken så tydligt lyser igenom i beslutets avfattning. HD skrev så för 100 år sedan men skriver (annars) inte så i dag. Resningsbeslutet är, trots utgången, inte alls lika ”förlåtande”.

tentens skada på grund av garantens avtalsbrott läkts av tredje mans infriande). Högsta domstolen bestämmer dock – utan att konfrontera parterna i frågan – att målet inte handlar om det som det handlar om och problematiserar det hela och utvidgar frågeställningarna långt utöver vad parternas processföring ger besked om (punkterna 12 och 13 i domen). Kritiken går sammanfattningsvis ut på att efter det att Högsta domstolen klampat rejält fel rent processrättsligt (kanske i iveren att få till stånd ett bra civilrättsprejudikat) har man sedan klampat lika fel i den civilrättsliga frågan.

Fallet är rikt på s.k. läroboksdomskalet (punkterna 15–20, 22–25, 36–40 och även 53–58 kan hänföras till den kategorin även om det senaste också verkligen utgör obiter dicta). Högsta domstolen uttalar sig också om vilka prejudicerande rättsgrundsatser som kan dras ur de tidigare rättsfallen NJA 1918 s. 394 och NJA 1992 s. 66 (se punkterna 26 respektive 33). Och Högsta domstolen uttalar, dvs. skapar, explicit två prejudicerande rättsgrundsatser i målet. För det första (punkten 41) att det, beträffande emissionsgarantier, gäller att *ett tekningsåtagande är bindande i den meningen att ett bristande fullgörande utgör ett skadestandsgrundande avtalsbrott* (under vissa ytterligare förutsättningar).¹⁸ För det andra (punkten 66) att en infriande tredje man har *en på subrogation grundad regressrätt mot garanterna* (se också de sammanfattande slutsatserna i punkten 71).¹⁹ Det är den rättsgrundsatsen som är föremål för omfattande kritik på civilrättslig grund. Man kan på goda grunder misstänka att den för efterföljande tillämpare kan vara svårt att komma runt, oavsett om det rör sig om en relevansprövning, ett försök till särskiljande eller en avvikelse. Rättsgrundsatsen måste nämligen betraktas som såväl bred som tydlig. Men, vem vet, kanske prejudikatet med tiden kommer att vinna gillande; doktrinen slipar till det och kommer med vissa preciseringar och så har rättsutvecklingen haft sin gång.

¹⁸ Den rättsgrundsatsen synes inte har kritiserats i någon större utsträckning. Till exempel Alexander Unnersjö (JT 2015–16 s. 423) uttalar tvärtom att HD i den delen ”mycket tydligt tillmötesgått det ovan berörda samhällsintresset av att emissionsgarantier ska kunna utställas med bindande verkan”. Sätillvida kan grundsatsen ses om en icke oväntad utveckling av vad som uttalades i NJA 1918 s. 394 och därefter även i NJA 1992 s. 66, 1994 s. 130 och 2001 s. 75.

¹⁹ Se Alexander Unnersjö:s två regler i JT 2015–16 s. 434 vad gäller den här angivna andra rättsgrundsatsen.

En fråga av helt annan karaktär är vilken betydelse de (förmenat) processuella bristerna vid målets handläggning i Högsta domstolen för det första kan ha vid bedömningen av det civilrättsliga prejudikatvärdet och för det andra vilken betydelse rättsfallet kan ha – om det nu inte är förenat med några processrättsliga brister – som vägledande prejudikat i processuellt avseende. Möjligen kan dessa två frågor besvaras så enkelt som att det civilrättsliga prejudikatvärdet inte alls påverkas av eventuella processuella brister vid tillkomsten och att fallet helt saknar processrättsligt prejudikatvärde. Det senare eftersom Högsta domstolen inte alls har *uttalat* något med generellt syfte rörande processuella frågor. Däremot har ju Högsta domstolen de facto *gjort* något av processuell betydelse. Kan det vara prejudicerande? Knappast i sig, men till detta kommer att Högsta domstolen också i domvillo- och resningsärendena *har uttalat sig om vad Högsta domstolen gjort* i ursprungsmålet.²⁰ I och med det senare kan det knappast uteslutas att Högsta domstolens sätt att handlägga ursprungsmålet kan få processrättslig betydelse – och möjligen avsevärd sådan. Men jag tror att den ”risken” inte är alltför stor. I den motsatta vågskålen ligger nämligen tydligt skriven lag, i doktrin mycket väl etablerade processrättsliga principer och en räckta HD-avgöranden som mer explicit behandlar hithörande frågor. Den kritikstorm som piskats upp i anledning av avgörandet bidrar också till att begränsa benägenheten hos efterföljande tillämpare — trots ”lydigheten” — att fullt ut anamma vad Högsta domstolen processuellt gjorde i NJA 2016 s. 107. Om inte annat kan ju i vart fall en domare genom aktiv och insiktsfull processledning undvika att hamna i Högsta domstolens situation.

Kontroverser kring ett prejudikat kan under alla förhållanden begränsa dess tillämpningsområde och försvaga dess genomslagskraft, dvs. prejudikatvärdet blir lägre. Omvänt kan ett omfattande gillande av ett prejudikat, i t.ex. doktrinen, höja prejudikatvärdet. I och med att prejudikaten utsätts för ordentlig granskning och inträng-

²⁰ Torgny Håstad, JT 2016–17 s. 102, är inne på att detta kan få ”betydande återverkan på hur dispositiva processer förs i rättegångar och skiljeförfaranden”. Jfr också densamme i JT 2017–18 s. 137.

ande analys utmejslas givetvis en skara prejudikat som höjer sig över mängden och därmed får ett stort värde som rättskälla. Vissa andra består inte granskningen och analysen lika väl och dessa prejudikat får finna sig i att tilldelas ett lägre värde som rättskälla. Diskussionen kring prejudikat kan på detta sätt bidra till att kvaliteten på prejudikat som rättskälla allmänt sett stärks. Det nu sagda ligger i rättens dynamik och innebär att prejudikat som rättskälla inte har en, en gång för alla, enhetligt fastställd status som rättskälla. Och hur det går för NJA 2016 s. 107 i framtiden återstår att se.

8. ENSTAKA PREJUDIKAT OCH SAMLAD PRAXIS – DET LILLA OCH DET STORA

Så här långt har det här (trots vissa utvecklingar) fokuserats på hur man ska tolka ett enstaka prejudikat och bestämma den generella rättsregel som uttrycks i prejudikatet. Nästa steg när man botaniserar i rättspraxis som rättskälla är att inlemma det enstaka prejudikatet i den rättsmiljö praxis i form av alla prejudikat (inom ämnesområdet) tillsammans utgör. I och för sig påbörjas detta inlemmande redan när det enskilda fallet analyseras, men när den analysen är genomförd återstår ändå att backa några steg och vidga analysen och då ställa samman rättsregler framvaskade ur flera prejudikat. Dessa olika rättsregler kan sammanfalla, vara mer eller mindre likartade, svårförenliga eller i värsta fall oförenliga. Denna sammanfattande praxisanalys kan mynna ut i att det ”aktuella” fallet breddar en tidigare fastslagen rättsregel, spetsar till den, krymper den eller – återigen i värsta fall – neutraliserar eller till och med eliminerar den. För att göra denna bild än mer komplicerad kan det nya fallet också behöva stämmas av mot andra rättskällor, då kanske först och främst i lag givna rättsregler. Det nu sagda hänger samman med en övergripande strävan att kunna se rättsordningen som en motsägelsefri helhet – även om vi som vill se den på det sättet får det allt kämpigare från år till år.

Jag ska här ge ett exempel på det senast sagda.

Som bekant gäller i svensk rätt traditionsprincipen för lösöre-köparens skydd mot säljarens borgenärer, dvs. köpeobjektet måste överlämnas (traderas) till köparen för att hen ska vara skyddad mot anspråk på objektet från säljarens borgenärer. Traditionsprincipen vilar på ett motsatsslut från 1845 års lösoreköplag som Högsta domstolen i några rättsfall etablerade under 1920-talet.

Därefter har *principen* ansetts utgöra gällande rätt. Under de snart 100 år som förflutit sedan dess har Högsta domstolen i ett stort antal rättsfall utvecklat, förfinat och preciserat *innebörden* av den principen i skilda situationer. För att förstå traditionsprincipen och dess tillämpning är det nödvändigt att ta del av ett stort antal rättsfall (och dessutom doktrinära uttalanden i anledning av dessa rättsfall). När det har kommit (och kommer) ett nytt prejudikat som berör traditionsprincipen är det nödvändigt att foga in det i en större helhet. Denna helhet har betydelse när det nya fallets *ratio decidendi* ska bestämmas, när fallets relevans ska avgöras för framtida tillämpare och i frågor om man ska avvika eller särskilja fallet som då kan uppkomma. Man skulle här kunna likna traditionsprincipen som en stam på vilket det växt ut ett stort antal grenar (prejudikat) som spritt sig åt olika håll. Och nödvändig näring har trädet hela tiden fått från doktrinen.²¹

9. RÄTTSKÄLLOR I MONISMANIEN

Jag avslutar med att återvända till det något mer avgränsade ämnet *prejudikat som rättskälla inom förmögenhetsrätten*. Prejudikat som rättskälla har enligt min uppfattning varierande betydelse beroende på vilket juridiskt ämnesområde som berörs; och variationerna kan nog vara betydande. Alla prejudikat har inte heller lika stort rättskällvärde. ”Bra” prejudikat har helt enkelt ett större värde än ”dåliga” prejudikat.

Inom området för den centrala förmögenhetsrätten har vi flera lagar (t.ex. jordabalken, avtalslagen, köplagen, skuldebrevslagen) som

²¹ Se ang. detta Mikael Mellqvist i SvJT 2010 s. 217 och i Festskrift till Torgny Håstad s. 571 med hänvisningar inte minst till Ulf Göranson, Traditionsprincipen, Uppsala 1985 samt SOU 2015:18.

fundamentala rättskällor. Högsta domstolens prejudikat har inom detta område en typisk *kompletterande* funktion i det att prejudikaten fyller ut luckor, överbryggar motsättningar och preciserar vaga begrepp. Detta, sammantaget med att lagstiftaren har förhållit sig passiv, innebär att prejudikaten också fyller en *rättsutvecklande* funktion. Utvecklingen genom rättspraxis – i stället för genom ny lagstiftning – innebär också att praxis får en *stabiliserande* funktion. En underordnad variant av den funktionen kan prejudikat som är (enbart) *bekräftande* sägas vara. Med det menar jag att prejudikatet bekräftar, eller befäster, vad man trott vara gällande rätt, men att viss osäkerhet har rått kring detta (som uppkommit t.ex. genom ett nytt prejudikat eller ny lagstiftning). Härmed garanteras – så långt det nu går – en värdefull *förutsebarhet*. En viktig egenskap hos prejudikat som rättskälla är också den *elasticitet* som är förenad med ett prejudikat. Den prejudiceranderättsregelns omfång behöver inte var en gång för alla given; den kan justeras och anpassas i den framtida tillämpningen. De utvecklande kompletteringarna och kalibreringarna leder till en rättsutveckling i små steg, i stället för radikala förskjutningar eller omkastningar av rättsläget (som kan följa t.ex. av ny lagstiftning).

Ett mycket bra exempel på detta är avtalsrätten (och nu vet jag att Christina Ramberg ”går igång”). Avtalslagen från 1915 är tämligen rudimentär och i stora stycken också teknikneutral (även om det när det gäller just det finns några skönhetsfläckar). Dessa två faktorer — enkelheten och teknikneutraliteten — har inneburit att lagen levt i hundra år och alltså lever; dessutom ett tämligen vitalt liv. Det skulle säkert vara möjligt att skapa en bättre *avtalslag*, men det skulle vara svårt att därigenom få till stånd en bättre *avtalsrätt*, i vart fall inom överskådlig tid. Att ge sig på att sjösätta en ny avtalslag vore därför ett mycket äventyrligt företag som skulle kunna skapa mycket osäkerhet och oreda i den kommersiella samfärdseln. Och det kan jag säga tack vare den rättsutveckling som ägt rum genom praxis och doktrin — men med lagen som en nödvändig bas.

Den förskjutning som har ägt rum, och som fortgående äger rum, från det Christina Ramberg i sin bok benämner ”rekvisitjuridik” till

”värderingsjuridik” har givetvis skapat ett tilltagande utrymme och en ökad betydelse för prejudikat som rättskälla. Inom det förmögenhetsrättsliga området (andra områden också kanske) är prejudikat en helt *nödvändig* rättskälla som inte kan ersättas med någon annan. Olika rättskällor konkurrerar betydligt mer sällan med varandra än vad som då och då antas. I stället är det vanligen så att de kompletterar varandra. Att t.ex. prejudikat får större betydelse — och så är det med all säkerhet, i vart fall inom det förmögenhetsrättsliga området — innebär alltså *inte* att andra rättskällors betydelse med någon sorts automatik behöver minska i motsvarande mån. Astrid Lindgren skrev en gång att så många som 102 procent (som hon skulle betala i skatt) fanns inte ens i Monismanien. Men rättskällornas värld övertrumfar sagans. Här finns det hur många procent som helst. Rättskällorna har med andra ord inte mätbara marknadsandelar på en marknad där det enda utrymmet som finns att ta måste tas från någon annan. Ett ”bevis” för detta är att en ökad betydelse för prejudikat som rättskälla också ökar doktrinen betydelse som rättskälla. En av doktrinen viktigare uppgifter måste rimligen vara att ”kvalitetssäkra” prejudikaten genom att analysera vad som utgör *ratio decidendi*, värdera olika *obiter dicta*, bestämma omfånget, värdera ändamålsenligheten och infoga de enstaka prejudikaten i en större helhetsbild.