

TORKEL GREGOW

Obiter dictum – något att uppmuntra eller motarbeta?

1. INLEDANDE SYNPUNKTER RÖRANDE INNEBÖRDEN AV OBITER DICTUM

Uttrycket *obiter dictum* har sitt ursprung i latin. Det latinska ordet *obiter* (adverb) betyder i förbigående eller ytligt/flyktigt men även därjämte/samtidigt. Termen *dictum* – i pluralis *dicta* (substantiv) – innebär yttrande, utsaga. Den allmänna innebörden av *obiterdictum* är alltså ett uttalande som görs i förbigående eller vid sidan av den huvudsakliga fråga som diskuteras.

Uttrycket har inte bara en mera allmän innebörd utan också en rättslig innebörd. Det är givetvis den rättsliga betydelsen som här är av intresse. Frågan om användning av *obiter dictum* diskuteras här endast inom ramen för civilrätten och närmast inom förmögenhetsrätten. I rättsliga sammanhang används som beteckning på företelesen endast den korta formen *obiter*. Den beteckningen används i fortsättningen här och utan kursivering.

Den rättsliga innebörden av *obiter* är att en domstol vid sidan av domskälen (*ratio decidendi*) även uttalar sig i en rättslig fråga som ligger utanför de domskäl som är av betydelse för avgörande av tvistefrågan. En ytterligare precisering av vad som behandlas här bör emellertid göras.

Obiter i den nu nämnda betydelsen avser inte bara domar av Högsta domstolen (HD) utan även domar som meddelas av underrätterna, tingsrätter och hovrätter. *Obiter* i tingsrättsdomar eller hovrättsdomar har emellertid i allmänhet inte något intresse utöver det mål i vilket uttalandet gjordes. (Ett uppmärksammat fall med konsekvenser utgörs dock av Stockholms tingsrätts uttalande i sin

dom i det s.k. styckmordsmålet om att de åtalade, som frikändes från åtal för mord, hade styckat kvinnans kropp; ansvar för sådant brott var preskriberat.¹⁾

Behandlingen av frågan om obiter begränsas därför här till förekomsten av obiter i HD:s domar. HD är ju en prejudikatdomstol och förekomsten av obiter får av förklarliga skäl störst betydelse i en sådan domstols avgöranden. Med domar jämställs beslut. Vad som i det följande sägs om domskäl avser alltså även motsvarande skäl för beslut.

2. OBITER I LITTERATUREN

Förekomsten av obiter i svenska domar och frågor i anslutning därtill, bl.a. om fördelar och nackdelar med företeelsen, har inte behandlats mera ingående i litteraturen. Själv har jag ägnat några sidor åt företeelsen i artikeln Några synpunkter på frågan om prejudikats bindande verkan i Festskrift till Gösta Walin (2002), s. 120–122. En något utförligare framställning i ämnet på förvaltningsrättens område finns i en artikel om ca 10 sidor av Peter Melz med titel *Obiter dicta i Regeringsrättens prejudikatbildning – hjälpsamt eller förvirrande?*²⁾ i Regeringsrättens jubileumsskrift. I en artikel i Juridisk publikation (Jubileumsnummer 2014) har Johan Munck berört frågan på en dryg sida.

I övrigt har frågan om obiter i litteraturen såvitt jag kunnat finna endast behandlats på så sätt att vissa författare i framställningar på olika områden har påstått att vissa uttalanden i domar av HD inneburit obiter. Jag återkommer till några sådana påståenden.

Obiter behandlades på ett seminarium den 3 mars 2015 på Stockholm Centre for Commercial Law vid Juridiska fakulteten, Stockholms universitet. Seminariet hölls under titeln *Obiter dictum – En*

¹ Enligt principen att domskäl inte kan överklagas kunde uttalandet inte prövas av överrätt och därmed inte heller undanröjas. Uttalandet strider mot principen att en domstol bör undvika att fastslå att en åtalad har begått en straffbar gärning för vilken ansvar är preskriberat, om det inte med hänsyn till utredningen av andra brott eller av andra särskilda skäl är nödvändigt.

² Artikeln ger uttryck för en syn på frågan vad som är obiter som inte helt överensstämmer med min syn. Skillnaden beror kanske delvis på att artikeln behandlar ett annat område än det som jag rör mig på.

tidigare klandrad företeelse men vad gäller numera? Inledare var jag och kommentator Lars Heuman.

Obiter är också en känd företeelse i andra länder, bl.a. i England och USA med i princip samma innebörd som i Sverige.³ Det har inte funnits anledning att gå närmare in på användningen av företeelsen i dessa länder.

3. DOMSKÄL OCH PREJUDIKAT

Det finns ett nära samband mellan domskäl (*ratio decidendi*) och obiter i avgöranden av en prejudikatdomstol. Prejudikaten avses ligga till grund för rättstillämpningen, medan obiter inte anses ha en motsvarande verkan. Prejudikat gäller en fråga, vars prövning är av vikt för ledning av rättstillämpningen (54 kap. 11 § första stycket rättegångsbalken, RB).

Ett prejudikat innebär ett ståndpunktstagande av prejudikatdomstolen till en rättsfråga som inte prövats tidigare. Prejudikatet kommer i sin renodlade form till uttryck i ett generellt uttalande om en rättsgrundsats eller lagtolkning, men det kan också uttryckas genom domstolens ståndpunktstagande till en konkret tvistefråga. I det senare fallet får läsaren – domstolar, advokater m.fl. – dra den generella slutsats av bedömningen i det enskilda fallet som det finns fog för.

Ett exempel på att en rättsgrundsats fastslås är att HD uttalar vilken preskriptionstid som gäller för viss typ av fordringar eller hurvida viss typ av åtgärder uppfyller krav på preskriptionsavbrott. Exempel på ett kasuistiskt utformat prejudikat är att domstolen konstaterar att en fordran är preskriberad.

Prejudikaten återfinns som regel i domskälen och alltså i princip inte i domslutet; i domslutet besvaras den konkreta fråga som är föremål för tvist. Undantagsvis finns emellertid prejudikatet i domslutet. Det gäller närmast fall då HD har att besvara en särskilt dispenserad prejudikatfråga (jfr 54 kap. 11 § första stycket RB) eller

³ Oxford Dictionary of Law fifth edition (2002), The Cassell Concise Dictionary (1997), Wikipedia, the free encyclopedia, The Free Dictionary och Merriam-Webster, An Encyclopaedia Britannica.

då en tingsrätt har hänskjutit en prejudikatfråga till HD (jfr 56 kap. 13–15 §§ RB).

Det är som nämnts avsett att HD:s prejudikat ska ligga till grund för rättstillämpningen i tvister och andra situationer, i vilka det uppkommer frågor som omfattas av ett prejudikat. Det innebär att det förutsätts att domstolarna följer meddelade prejudikat och att advokater m.fl. bör kunna utgå från att så sker.

Men är domstolarna i sin rättstillämpning skyldiga att följa HD:s prejudikat? För att man ska kunna tala om en egentlig skyldighet, borde en domares underlåtenhet att rätta sig efter ett prejudikat föranleda en sanktion i form av en påföljd av något slag, närmast straff eller skadeståndsskyldighet. Bestämmelser i detta hänseende finns inte.

Man kan beskriva situationen så, att HD:s prejudikatavgöranden inte är formellt bindande för lägre instanser men att domstolarna i praktiken följer prejudikaten med såvitt känt få undantag. I rättsfallet *NJA 1994 s. 194*, som gällde fråga om skadeståndsskyldighet för staten på grund av felaktig rättstillämpning, uttalade HD bl.a. att en rättstillämpning endast i undantagsfall kan anses så oriktig att man kan tala om fel eller försummelse från myndighetens sida, att även om underdomstolar inte är bundna av HD:s prejudikat, dessa är av stor betydelse vid bedömningen av om en domstol i sin rättstillämpning gjort sig skyldig till fel eller försummelse, att en domstol bör ha vissa möjligheter att avvika från tidigare rättspraxis samt att, om domstolen anför rimliga skäl för att tillämpa lagen på ett annat sätt än HD gjort, en sådan rättstillämpning i vart fall inte kan föranleda skadeståndsskyldighet för staten.

HD är själv skyldig att följa sina prejudikat och är noga med att så sker. För att domstolen ska frångå ett tidigare prejudikat krävs avgörande i plenum (3 kap. 6 § första stycket RB). Det säger sig självt att advokater och deras huvudmän vid ingående av avtal är angelägna om att prejudikat följs. En annan ordning skulle vara vilseledande och kunna medföra stora förluster för enskilda.

4. FÖREKOMSTEN AV OBITER OCH BETYDELSEN AV SÅDANA UTTALANDEN

Ett obiter anges inom ramen för vad som rubriceras som domskäl men skiljer sig till sin karaktär från dessa genom att det inte är något egentligt domskäl. I engelsk/amerikansk rätt synes även muntliga uttalanden som görs av domaren i målet vid sidan av domen kunna ses som obiter. Här bortses från denna typ av obiter.

Obiter kan vara av olika slag. En typ av obiter är åberopande av en konkret omständighet eller ett bestämt rättsförhållande som ligger utanför tvistefrågan. En annan typ är att domstolen redogör för hela eller åtminstone en stor del av det rättsområde inom vilket tvisten finns. Av intresse från de synpunkter som här är av intresse är dock endast obiter som tar ställning till en tidigare olöst rättsfråga, dvs. en prejudikatfråga. Obiter av andra slag är en fråga som enbart rör domskälen i det enskilda fallet och inte får betydelse för andra än parterna. En fråga är hur avlägset ett uttalande ska vara i förhållande till de egentliga domskälen för att betraktas som ett obiter. Det sägs ibland att uttalandet inte ska vara ett nödvändigt led i domskälen (*not necessary, not directly bearing on the case*). Saken har också uttryckts så att uttalandet ska vara fullständigt onödigt (*entirely unnecessary*).

Den reella skillnaden mellan de båda sätten att uttrycka saken är troligen inte så stor. Men den förra beskrivningen synes ge något större utrymme (risk) för obiter, medan den senare beskrivningen tycks innebära ett något snävare utrymme. Saken kan också uttryckas så, att det förra uttryckssättet utgår från mera utförliga domskäl, medan det senare uttryckssättet förutsätter stramare (mera kortfattade) domskäl.

Domskäl kan emellertid skrivas på olika sätt, kort och kärnfullt respektive utförligt och resonerande eller något däremellan. Det finns inte med tanke på frågan om obiter anledning att uppställa särskilda krav på domskälen i HD:s avgöranden. HD bör ha frihet att själv avgöra principerna för hur domskälen bör utformas. Endast uttalanden som ligger klart utanför vad som rimligen bör omfattas

av domskälen i ett mål bör betraktas som obiter. Som nyss nämnts är det endast uttalanden i rättsfrågor, dvs. sådana som avser prejudikatfrågor, som kan anses som egentliga obiter och som behandlas här.

Av vad nu sagts följer att det ibland kan vara svårt att avgöra om ett skäl som åberopats av HD utgör ett reellt domskäl eller ligger utanför vad som rimligen bör betraktas som ett skäl för utgången i målet, dvs. innebär ett obiter. Detta bestyrks i viss mån av de felaktiga påståenden om förekomsten av obiter som förekommer i doktrinen.

Oriktigt påstående om att ett uttalande av HD utgör obiter kan också bero på att författaren har en felaktig uppfattning om innebörden av obiter. (Några exempel på oriktiga påståenden om obiter lämnas i det följande.) Svårigheten att avgöra huruvida ett uttalande innebär obiter torde främst föreligga när domskälen är mycket utförliga.

Obiter utgör inte prejudikat och enligt en sedan gammalt gällande princip är domstolarna inte skyldiga att följa sådana uttalanden. Det gäller även för HD och det krävs inte plenum för att domstolen ska frångå ett obiter. Skälet till att obiter inte är bindande för domstolarna i den mening som prejudikat ska följas är troligen närmast att HD inte har något mandat att uttala sig i frågor som ligger utanför den tvist som ska prövas. Har då obiter över huvud någon betydelse?

En annan oskriven princip som gäller sedan lång tid tillbaka är att domstolar, i praktiken främst HD på det civilrättsliga området, inte bör göra uttalanden som har karaktär av obiter. Skälet till denna ståndpunkt kan förmodas främst vara att obiter inte är bindande för domstolarna i den mening som gäller för prejudikat.

Ett obiter torde i praktiken få betydelse genom de skäl som anförs för ståndpunkten. Om skälen är övertygande (persuasive), är det sannolikt att domstolarna anpassar sin rättstillämpning till uttalandet. En viss jämförelse kan göras med ett motsvarande uttalande i ett auktoritativt arbete inom doktrinen. Ett obiter skapar dock ofta osäkerhet om vad som egentligen gäller.

HD:s sätt att utforma domskäl har undergått förändring under en längre tid. Under äldre tid, då domskälen i allmänhet var kortfattade, förekom troligen inte obiter. Sedan domskälen i mera modern tid som regel blivit mera utförliga och diskuterande, har det ibland förekommit obiter. Möjligheten att obiter förekommer har sedan ökat med det skrivsätt som HD tillämpar sedan en tid tillbaka.

En fråga som inställer sig är vad som är anledning till att obiter över huvud förekommer. Om man bortser från den senaste utvecklingen i fråga om domskälen i HD:s avgöranden, kan det troligen vara olika skäl. Ett sådant kan vara att den fråga som behandlas i ett obiter har ett så nära samband med tvistefrågan i målet att det framstår som naturligt att beröra även den.

Ett annat skäl kan vara att domstolen inte tänkte på att obiter-frågan låg utanför domskälen. Ett ytterligare skäl kan vara att domstolen var medveten om att ett uttalande i rättsfrågan innebar ett obiter men fann det med hänsyn till omständigheterna likväl motiverat att göra uttalandet.

Det mycket utförliga skrivsätt som HD numera tillämpar innebär att det ofta och mycket lätt kan föra med sig obiter. Ledamöterna i HD bör rimligen vara medvetna om det. Man frågar sig då om HD ansett att det är en konsekvens som man får ta eller om frågan inte har övervägts närmare.

Numera är det vanligt att skiljaktiga meningar är utförliga och att ledamöter skriver tillägg och andra särskilda yttranden. Även om dessa innehåller uttalanden vid sidan av själva tvistefrågan, utgör de inte obiter i den mening som avses här.

Vad anses egentligen numera gälla i fråga om uttalanden som har karaktär av obiter? Har den tidigare uppfattningen ändrats och anses det numera godtagbart eller t.o.m. önskvärt att obiter förekommer i HD:s avgöranden?

De frågor som det finns anledning att främst ta ställning till i denna artikel är dels när uttalanden av HD utgör obiter, dels om obiter även i fortsättningen inte ska vara formellt bindande för dom-

stolarna på samma sätt som prejudikat dels ock om HD bör avstå från att göra obiter-uttalanden.

Men först ska några exempel ges på uttalanden som inte utgör obiter respektive några exempel på obiter. Ett förslag om att sätta obiter-uttalanden i system ska också beröras.

5. NÅGRA UTTALANDEN AV HÖGSTA DOMSTOLEN SOM HAR PÅSTÅTTS VARA OBITER MEN SOM INTE INNEBÄR OBITER

Nedan angivna fall utgör resultatet av en kontroll av ett antal slumpvis utvalda påståenden i doktrinen eller motsvarande om att vissa uttalanden i avgöranden av HD utgör obiter.

I rättsfallet *NJA 1976 s. 618* hade IG, som ägde aktierna i ett enmansbolag, sålt aktierna till L. Till betalning av viss del av köpeskillingen hade L som ställföreträdare för bolaget till IG överlåtit bolagets fordringar mot ICA-matmarknad för kommande leveranser. Sedan ICA-matmarknad fullgjort betalningar till IG och bolaget försatts i konkurs, uppkom fråga om ICA-matmarknad var skyldig att utge ersättning till bolagets konkursbo för vad som hade betalats. Då L varit insolvent och bolaget inte haft någon utdelningsbar vinst, innefattade åtgärderna en förtäckt olovlig vinstutdelning.

HD tog i domskälen först upp frågan om betalningsansvar för ICA-matmarknad kunde grundas på att företaget skulle kunna anses ha medverkat till den av L företagna olovliga vinstutdelningen. Det ansågs dock inte rimligen kunna bli fråga om ersättningsansvar på denna grund, vilket utvecklades något ytterligare, varefter HD anförde följande: ”En skadeståndsskyldighet skulle möjligen kunna komma i fråga vid ett förfarande, som innefattade samverkan i avsikt att tillfoga konkursbolaget skada.” Det tillades att något sådant förfarande emellertid inte hade påståtts ligga ICA-matmarknad till last. Två ledamöter var skiljaktiga i fråga om motiveringen.

I en anmälan i SvJT 1995 s. 688 ff. av Erik Nereps arbete Aktiebolagsrättsliga studier – särskilt om kapitalskyddet har Jan Andersson påstått (s. 698) att det citerade uttalandet utgör ett obiter. Uttalandet

var emellertid motiverat för att inte oriktiga slutsatser skulle dras av de föregående meningarna i stycket. Uttalandet var dessutom försett med en reservation ("skulle möjligen kunna komma i fråga"). Det utgjorde därför inte ett obiter. Det kan tilläggas att minoriteten gjorde samma uttalande.

Rättsfallet *NJA 1991 s. 284* avsåg frågan om partiell bodelning kunde äga rum under äktenskapet. I sina domskäl diskuterade HD olika tänkbara hinder mot en sådan ordning, bl.a. hänsynen till vardera makens borgenärer, och framhöll att partiell bodelning torde kunna föranleda tillämpning av 4 kap. 7 § konkurslagen om återvinning av bodelning. Detta uttalande har Hans Renman i sitt arbete *Återvinning enligt 4 kap. konkurslagen (s. 152)* betecknat som ett obiter.

Det var emellertid motiverat att ta upp den nämnda frågan till prövning. Det är dessutom självklart att partiell bodelning faller under återvinningsbestämmelsen för bodelning; partiell bodelning är givetvis också en bodelning. Uttalandet gällde alltså inte en oklar rättsfråga. Uttalandet innebar inte ett obiter.

I *NJA 1992 s. 6* var fråga huruvida det förhållandet att en pantfordran inte hade beaktats vid exekutiv försäljning av en bostadsrätt borde medföra att försäljningen upphävdes. Detta hade samband med frågan om panträtten bestod efter den exekutiva försäljningen. Beträffande denna fråga framhöll HD att bostadsrätt inte är sådan egendom som kan vara föremål för exstinktivt godtrosförvärv. Laila Zackariasson har i sin rättsfallsöversikt avseende sakrätt 1982–2001 i *SvJT 2003 s. 769* betecknat uttalandet som ett obiter.

Uttalandet var emellertid högst motiverat för att domstolen skulle kunna avgöra om den förbisedda panträtten bestod efter försäljningen och därmed om hinder inte förelåg mot att häva försäljningen. Omedelbart efter uttalandet angav HD att härav måste anses följa att panträtten alltjämt gällde i bostadsrätten sedan denna hade förvärvats exekutivt. Uttalandet utgör alltså inte något obiter. Det nämndes även i referatrubriken.

Laila Zackariassons påstående om motsatsen synes vara influerat av att hon diskuterar vad som skulle gälla vid dubbelöverlåtelse, som hon tycks se som ett extinktivt godtrosvärk. Men den synen bryter mot sedvanlig terminologi på området och det torde tydligt framgå av skälen att dubbelöverlåtelse inte diskuterades.

Rättsfallet *NJA 2006 s. 136* rörde fråga om den skadeståndsskyldighet som uppkommit för en revisor, som hade vållat ett aktiebolag skada när han fullgjorde sitt uppdrag, kunde jämkas på grund av medvällande på bolagets sida. Efter att inledningsvis i domskälen ha redogjort för bestämmelserna på området, angav HD att en revisor har till uppgift att granska bolagets årsredovisning och bokföring samt styrelsens och verkställande direktörens förvaltning; HD uttalade också något om granskningens karaktär och omfattning.

Härefter anfördes i domskälen följande: ”Med den uppgift en revisor har måste man räkna med att om en revisor genom försumlig granskning ådragit sig skadeståndsansvar så har också styrelsen och verkställande direktören medverkat till skadan, eftersom det är dessa bolagsorgan som upprättar årsredovisningen, organiserar bokföringen och svarar för förvaltningen.” Uttalandet följdes av en närmare motivering av frågan om jämkning.

Vid ett seminarium den 20 maj 2015 på Stockholm Centre for Commercial Law vid Stockholms universitet, Juridiska fakulteten angående revisorers ansvar m.m. påstod Daniel Stattin att det citerade uttalandet utgjorde ett obiter. Uttalandet utgjorde emellertid en naturlig, kanske till och med nödvändig, bakgrund till den följande närmare behandlingen av jämningsfrågan. Det ligger vidare en viss reservation i orden ”måste man räkna med”. Uttalandet var inte onödigt och utgjorde inte ett obiter.

I *NJA 2006 s. 206* var fråga om en sambo, som efter separation hade enligt domstols beslut bott kvar i en bostadsrättslägenhet som var samägd med den andra parten, var skyldig att betala ersättning till den andre för nyttjandet och, om sådan skyldighet förelåg, beloppets storlek. En viktig fråga i sådana tvister är från vilken tidpunkt ersättning ska utgå, men svaranden hade inte gjort någon invänd-

ning mot den tidpunkt från vilken käranden hade yrkat ersättning, vilken innebar ungefär ett år efter separationen.

Efter vissa överväganden och ifrågasättande av en rättstillämpning enligt ett äldre rättsfall avseende makar, där tiden hade räknats från bodelningen ungefär ett år efter hemskillnadsdom, uttalade HD följande: ”Skäl kan anföras för att den betalningsfria tiden bör begränsas till ett par månader eller att principen rentav bör vara att den som bor kvar i andra partens bostad skall ersätta den andra för nyttjandet redan efter separationen, i båda fallen naturligtvis under förutsättning att parterna inte kommer överens om annat.” HD tillade att med hänsyn till hur käranden hade utformat sitt ersättningsyrkande saknades det anledning att ta ställning i den nu berörda frågan.

I en anmälan av Agell – Brattström, Äktenskap Samboende Partnerskap i SvJT 2012 s. 181 ff. har Örjan Teleman påstått (s. 186) att det citerade uttalandet utgör ett obiter. Uttalandet var emellertid motiverat för att inte felaktiga slutsatser skulle dras av ett godtagande av det yrkade beloppet med dess utgångspunkt för beräkningen. I uttalandet togs dessutom inte ställning till vilken tidpunkt som skulle vara avgörande. Skrivsättet har inte varit onödigt och utgör inte något obiter.

Man bör naturligtvis inte dra långtgående slutsatser av ett så begränsat antal fall som de ovan angivna. Det är dock anmärkningsvärt att i samtliga slumpvis kontrollerade fall var påståendet om obiter oriktigt. I flertalet fall förefaller det finnas två skäl för de felaktiga påståendena. Ett skäl är att dessa synes utgå från ett snävt utrymme för domskäl, dvs. att domskälen inte bör innehålla mer än vad som är helt nödvändigt. Ett annat skäl verkar vara att påståendena utgår från en oriktig uppfattning om vad obiter är.

6. NÅGRA UTTALANDEN AV HÖGSTA DOMSTOLEN SOM INNEBÄR OBITER

I gåvoskattemålet *NJA 1986 s. 83* var frågan om gåva av fast egendom till en dotter hade skett från båda föräldrarna eller endast från

fadern. Mannen var ensam lagfaren ägare till fastigheten, medan hustrun hade vad som betecknas som dold äganderätt till hälften av fastigheten. Som ett led i sin motivering uttalade HD (majoriteten) att det inte torde finnas något hinder för den dolde ägaren att överlåta sitt anspråk till annan, varvid formkravet för överlåtelse av fast egendom torde få iakttas.

Frågan om formkravet är tillämpligt vid överlåtelse av dold äganderätt till fastighet kom senare upp som en huvudfråga i rättsfallet *NJA 1993 s. 324*. HD fann då efter en närmare motivering att formkravet inte var tillämpligt vid sådan överlåtelse. Domstolen redogjorde för det tidigare uttalandet, som angavs ligga vid sidan av den i målet aktuella skattefrågan och alltså utgöra ett obiter, men framhöll att det var försett med reservationer och syntes kunna uppfattas närmast som en rekommendation.

Uttalandet i 1986 års rättsfall att formkravet för överlåtelse av fast egendom torde vara tillämpligt ("torde få iakttas") vid överlåtelse av dold äganderätt till (andel i) fastighet var inte nödvändigt för bedömning av gåvoskattefrågan och gällde en tidigare oprövad rättsfråga. Uttalandet utgör därmed ett obiter. Som framgår av 1993 års rättsfall var påståendet dessutom felaktigt.

Rättsfallet *NJA 1987 s. 780 I* avsåg fråga om allmän domstol var behörig att pröva en allmän försäkringskassas yrkande om skyldighet för en bank att lämna vissa uppgifter; dessa var av betydelse för bedömningen av en persons rätt till kommunalt bostadstillägg. HD (majoriteten), som erinrade om att en försäkringskassas beslut om återbetalningsskyldighet enligt *NJA 1983 s. 362* inte utgjorde exekutionstitel, uttalade att beslut, genom vilket en försäkringsdomstol hade ålagt enskild att återbetala uppbyggnadsersättning, utgjorde exekutionstitel och därmed kunde läggas till grund för verkställighet.

HD:s uttalande att försäkringsdomstols beslut om återbetalningsskyldighet utgjorde exekutionstitel och kunde verkställas, vilket var en oklar rättsfråga, var onödigt och utgjorde ett obiter. Frågan om försäkringsrätts dom, i vilken överklagande av en försäkringskassas beslut om återbetalningsskyldighet för utgivna bidrag lämnats utan

bifall, utgjorde exekutionstitel kom därefter upp i rättsfallet *NJA 1991 s. 363*. HD, som angav att det tidigare uttalandet var ett obiter, kom fram till samma ståndpunkt. (Det framgår inte huruvida obiter-uttalandet i realiteten inverkade. Skälen ger dock inte stöd för sådan inverkan.) En ledamot var skiljaktig.

I plenimålet *NJA 2013 s. 413* tog emellertid HD avstånd från rättsgrundsatsen i 1991 års mål och fastslog att om ett myndighetsbeslut, som inte kan anses innefatta en betalningsförpliktelse i den mening som avses i 1 kap. 1 § utsökningsbalken, efter överklagande av den enskilde överprövas av en förvaltningsdomstol, utgör domstolens dom inte någon verkställbar exekutionstitel.

Jag har översiktligt gått genom HD:s refererade avgöranden (inte brottmål) 2001–2003 och 2009–2014. De ofta vidlyftiga domskälen respektive beslutsskälen medför dock svårigheter att avgöra om det förekommer obiter utan en ingående undersökning; detta gäller särskilt de allra senaste årens avgöranden. En orsak till obiter kan vara att HD ibland i detalj redogör för vad som gäller på det aktuella området innan själva tvistefrågan angrips. Jag vill här peka på ett par avgöranden där det enligt min mening föreligger obiter.

I *NJA 2010 s. 709*, som gällde återvinning i konkurs av överlåtelse av aktier, lämnade HD under rubriken Rättsliga utgångspunkter en ingående redovisning av ett konkursbos respektive en återvinnings-svarandes rätt i olika situationer. Denna rättsliga redovisning går längre än vad som krävdes för att avgöra de dispenserade frågorna och flera uttalanden måste anses utgöra obiter.

I rättsfallet *NJA 2012 s. 377* var fråga, avseende en av sambor gemensamt inköpt segelbåt, vad som krävdes för att frångå presumptionen i 1 § samäganderättslagen om lika stora andelar mellan samägarna. HD lämnade en ingående redovisning av beviskravet i olika fall med jämförelser mellan olika typsituationer och angav också olika omständigheter som ska beaktas. Tvisten avgjordes efter vardera sambons ekonomiska bidrag till inköpet av båten. Den rättsliga redovisningen måste anses ha gått långt utöver vad som krävdes för att avgöra tvisten och innefattar obiter.

7. STEFAN LINDSKOGS FÖRSLAG OM UTNYTTJANDE AV OBITER

I ett tillägg till domen i *NJA 2012 s. 535* har Stefan Lindskog anfört skäl för att HD ska göra uttalanden i domskäl som innebär obiter. Tillägget gjordes i ett brottmål men det finns inte något som tyder på att ståndpunkten skulle vara begränsad till brottmål. Uppfattningen framställs som ett led i de högsta domstolarnas normbildning. Lindskog framhåller sammanfattningsvis följande.

De högsta domstolarnas huvuduppgift är inte främst till för parterna utan för samhället. Ett effektivt utförande av uppgiften att skapa prejudikat förutsätter att domstolarna hushållar med sina resurser. När rättsutvecklingen genom ett prejudikat slår in på en ny väg kräver en adekvat rättsbildning på området inte sällan en bredare kartläggning av rättsläget. För att begränsa nödvändigheten av fortsatta prejudikat bör de prejudikatmöjligheter som det enskilda målet ger efter behov utnyttjas så långt det låter sig göras.

Det kan ske genom att den konkreta frågan i målet sätts in i ett större sammanhang. Det ger utrymme för vägledande uttalanden i sådana hänseenden som visserligen inte är helt nödvändiga för att avgöra målet men som har ett direkt och naturligt samband med den omedelbart relevanta rättsfrågan.

Med ett sådant angreppssätt klargörs rättsläget tidigare än vad som skulle ha skett om nya och för prejudikatbildning lämpliga mål hade avvaktats. I vad mån prejudikatbundenheten skulle vara mindre därför att ett uttalande anses vara obiter saknar praktisk betydelse om det följs. Och skulle en hovrätt ge uttryck för ett avvikande synsätt ger det förmodligen ett gott tillfälle för HD att på nytt och mera konkret ta ställning i frågan.

8. BEDÖMNING AV HUVUDFRÅGORNA

8.1 Inledning

Som nämnts i det föregående utgörs de viktigaste frågorna rörande obiter som det finns anledning att ta ställning till här av dels när uttalanden av HD utgör obiter, dvs. den närmare innebörden av obiter,

dels om obiter även i fortsättningen bör vara oförbindande för domstolarna, dels ock om HD bör avstå från att göra obiter-uttalanden eller, såsom föreslagits, av effektivitetsskäl bör utnyttja möjligheten att uttala sig om olösta rättsfrågor i anslutning till avgöranden av prejudikatfrågor.

Men innan dessa frågor berörs närmare bör för tydlighets skull ställas frågan vad tjänar det till att gräva ner sig i frågan om obiter? Är obiter en rent akademisk fråga eller har den någon praktisk betydelse? Frågan kan besvaras på följande sätt.

HD:s prejudikat, dvs. prejudikatfrågor som avgjorts och bedömts i tvister och därmed utgör en komplettering till lagstiftningen, är visserligen inte formellt bindande för domstolarna men följs i praktiken praktiskt taget alltid. Undantag sker i princip endast då en domstol vill ta initiativ till en ändrad praxis. Denna ordning gagnar advokater och andra ombud (och deras huvudmän) som därmed vet hur domstolarna kommer att bedöma likartade frågor och kan råda sina klienter vid ingående av avtal eller till förhållningssätt vid uppkomna tvister.

Uttalanden av HD som innebär obiter har domstolarna däremot hitintills inte någon skyldighet att följa. Huruvida de efterföljs beror bl.a. på om åberopade skäl framstår som övertygande. Det är alltså hittills av betydelse för advokater och parter om vad som är obiter. Om nämnda skillnad mellan prejudikat och obiter kommer att bestå, blir det även i fortsättningen av betydelse att veta om ett uttalande av HD innebär ett obiter.

8.2 Den närmare innebörden av obiter

Redogörelsen i det föregående av fall som påståtts utgöra obiter men som vid granskningen visade sig ingalunda vara obiter ger, trots det begränsade antalet fall som granskats, en antydning om att den reella innebörden av obiter ofta inte är känd bland jurister.

Obiter i rättslig mening är ett uttalande av domstol som görs vid sidan av domskälen (*ratio decidendi*). Här är endast HD:s domar (däri inräknat beslut) av intresse. Domskäl kan skrivas på olika sätt, både i fråga om uppläggningsen och då det gäller kortare eller längre

motivering. Domskälen i HD:s avgöranden är numera mycket utförliga, rent av vidlyftiga, vilket är resultatet av en utveckling som pågått under lång tid. Det är självklart att HD, i praktiken de dömande ledamöterna, själv avgör hur ingående domskälen i ett mål bör vara. Endast vad som faller utanför vad som avses vara motivering för ståndpunkten i den tvist som prövas utgör obiter.

Men det krävs en ytterligare precisering. Att det bland domskälen i ett mål anges omständigheter som kan synas vara onödiga innebär inte att fråga är om obiter i rättslig mening, i vart fall inte i den betydelse som termen vanligtvis används och som avses i denna artikel. För att det ska vara fråga om obiter krävs att uttalandet avser en rättslig principfråga – en prejudikatfråga – som hitintills är olöst.

HD:s uttalande i rättsfallet *NJA 1986 s. 83* att formkravet för överlåtelse av fast egendom torde få iakttas när den som har dold äganderätt till andel i fastighet överlåter sitt anspråk utgör ett typexempel på obiter. Detsamma gäller uttalandet i *NJA 1987 s. 780 I*, där HD uttalade att beslut, genom vilket en försäkringsdomstol ålagt enskild att återbetala uppbyggnadsersättning, utgjorde exekutionstitel. I båda fallen var uttalandena onödiga och krävdes inte för att motivera domstolens ståndpunkt.

Eftersom det för obiter krävs inte bara att uttalandet avser en principfråga (som ligger utanför målet) utan också att frågan är oklar, kan inte undvikas att gränsdragningen mellan vad som är obiter och andra uttalanden ibland inte är helt skarp.

Ett annat förhållande som någon gång kan medföra tveksamhet huruvida ett uttalande av HD innebär obiter är om uttalandet var viktigt för domstolens ståndpunkt eller om det var mera marginellt eller rent av låg helt vid sidan av vad som var avgörande för ställningstagandet i målet. Det kan hänvisas till vad som tidigare sagts om skillnaden mellan att ett uttalande inte var ett nödvändigt led i domskälen (not necessary, not directly bearing on the case) respektive att uttalandet var fullständigt onödigt (entirely unnecessary).

8.3 Bör domstolarna även i fortsättningen vara obundna av obiter?

Även om domstolarna inte är formellt bundna i sin rättstillämpning av att hålla sig till HD:s prejudikat är de i praktiken angelägna att följa prejudikaten. För att HD själv ska frångå ett tidigare prejudikat krävs det i princip avgörande i plenum (3 kap. 6 § första stycket RB). Enligt ett grundläggande synsätt är däremot obiter-uttalanden inte bindande för domstolarna. Skälet till detta är troligen att uttalandet ligger utanför prövningen i målet. Ett obiter kan närmast få betydelse om de skäl som åberopats för ståndpunkten anses övertygande.

Det förtjänar nämnas att de obiter som förekom i *NJA 1986 s. 83* och *1987 s. 780 I*, av vilka det förstnämnda var klart felaktigt och det andra blev föremål för kritik från flera håll och småningom ändrades, inte motiverades.

Stefan Lindskog har bagatelliserat skillnaden mellan prejudikat och obiter genom sitt påstående att i vad mån prejudikatbundenheten skulle vara mindre därför att ett uttalande anses vara obiter saknar praktisk betydelse om det följs. På annat håll har på liknande sätt sagts att skillnaden mellan prejudikat och obiter kan synas subtil.

Dessa påståenden ger enligt min mening inte ett helt korrekt uttryck för skillnaden. Det är särskilt från principiell synpunkt en olikhet mellan fall då en domstol utan vidare rättar sig efter prejudikat på grund av att domstolen anser sig skyldig att göra så och fall då en domstol prövar hållbarheten i ett obiter innan domstolen godtar det eller eventuellt inte finner tillräckliga skäl att följa uttalandet. Härtill kommer att om HD i fortsättningen skulle börja utnyttja möjligheten till obiter mera frekvent, blir skillnaden mera märkbar. Det kan påpekas att obiter hitintills såvitt jag funnit förekommit endast undantagsvis.

Enligt min mening bör domstolarna även i fortsättningen vara obundna av obiter-uttalanden. Skälen för detta är delvis desamma som kan åberopas till stöd för att HD inte ska ägna sig åt obiter-uttalanden. Det kan därför hänvisas till vad som sägs om den sist-

nämnda frågan i nästa avsnitt. Hur skulle för övrigt en principiell skyldighet för domstolarna att rätta sig efter obiter-uttalanden kunna etableras?

8.4 Bör Högsta domstolen avstå från obiter-uttalanden även i fortsättningen eller ska domstolen kunna göra sådana uttalanden?

HD har sedan gammalt i princip undvikit att göra obiter-uttalanden. Enligt vad jag funnit har obiter förekommit endast undantagsvis och när det har förekommit, kan det förmodas ha berott på att uttalandet avsetts utgöra ett domskäl samtidigt som domstolen kanske inte närmare tänkt på att uttalandet kunde vara kontroversiellt.

Det bör dock göras en reservation för eventuella obiter-uttalanden som kan finnas i de mycket utförliga domskäl som förekommer sedan ett antal år tillbaka, liksom för om Stefan Lindskogs tidigare nämnda uppfattning i frågan i någon utsträckning har accepterats i domstolen. Det bör understrykas att det är en skillnad mellan å ena sidan att obiter förekommer endast undantagsvis och å andra sidan att utnyttjande av obiter-uttalanden sätts i system och förekommer med viss frekvens. Att införa en sådan ordning är en principiell och betydelsefull fråga som också medför praktiska konsekvenser.

Till stöd *för* att HD bör kunna göra obiter-uttalanden kan anföras att det finns brist på prejudikat och att underrätter och advokater m.fl. kanske ser det som en fördel att HD uttalar sig i skilda frågor som är oklara. Vid det seminarium angående obiter som ägde rum i våras med åtskilliga advokater som deltagare ville dock inte någon uttala sin mening om användning av obiter.

Mot att HD gör obiter-uttalanden kan emellertid åberopas åtskilliga skäl. Dessa är delvis av principiell natur och delvis av mera praktisk art. De främsta skälen är följande.

1. HD:s uppgift enligt lagstiftningen är att döma och besluta i de mål och ärenden som anhängiggörs i HD (11 kap. 1 § regeringsformen och 3 kap. RB). HD har inte något mandat

att göra uttalanden i rättsliga frågor som ligger utanför de mål och ärenden som ska prövas.

2. En ordning som innebär att HD sätter i system att göra obiter-uttalanden torde kräva lagstiftning. Utan lagstöd skulle HD inkräkta på lagstiftarens befogenheter.
3. Vad är egentligen ett obiter i rättslig mening om det uttalas enligt en ordning som har godtagits som ett ordinärt inslag i verksamheten? Det tycks närmast vara jämförbart med ett kvalificerat rättsutlåtande. – En närliggande fråga är i vilken egenskap som HD agerar när HD gör obiter-uttalanden. Det är knappast såsom domstol eftersom uttalandet inte ingår i prövningen av en tvist.
4. Enligt vad som sagts i föregående avsnitt är domstolarna inte skyldiga att rätta sig efter vad HD uttalat i ett obiter och det samma gäller HD själv. Obiter-uttalanden utgör alltså inte antagande av en lagtolkning eller fastställande av en rättsgrund-sats i den mening som avses i RB. Det krävs inte plenum för att HD ska frångå vad domstolen har uttalat i ett obiter.
5. Det skadar HD:s anseende och auktoritet om vissa uttalanden som HD gör, dvs. obiter, är sådana att domstolarna är berättigade att bortse från dem och troligen ibland också bortser från dem.
6. Med hänsyn till att det ibland kan vara svårt att avgöra om ett uttalande utgör obiter kan förekomsten av obiter bidra till att skapa oklarhet om vad domstolar, advokater m.fl. har att rätta sig efter.
7. Obiter kan tänkas orsaka skada, t.ex. om en advokat i tro att uttalanden som HD gjort i en principfråga är uttryck för gällande rätt råder en klient att vidta kostnadskrävande dispositioner, men att det senare visar sig att uttalandena utgjorde obiter och frångås av domstolarna.
8. För att HD ska kunna beakta alla omständigheter av betydelse i rättsliga frågor och göra väl underbyggda uttalanden krävs det ofta, trots ledamöternas erfarenhet och skicklighet,

att parterna genom sina ombud har argumenterat i frågan och påvisat konsekvenser av den ena eller andra lösningen. Annars ökar risken för att bedömningen blir mindre bra. I obiter-frågor torde det som regel inte finnas någon argumentering av partsombud. Rättsliga frågor torde bedömas bäst utifrån en uppkommen tvist och inte som en abstrakt fråga. – Obiter-uttalandet i *NJA 1986 s. 83* utgör ett exempel på vad nu sagts.

9. SLUTSATS

Min slutsats är att HD inte bör göra obiter-uttalanden, eftersom nackdelarna av en ordning med obiter väger tungt och betydligt tyngre än fördelarna. Min uppfattning är vidare att domstolar inte ska vara bundna av eventuella obiter-uttalanden.