



Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG - UMEÅ

Oskar Kieri

Obiter dicta i tvistemål och prejudikatbundenhet
– att bestämma prejudikatets gränser genom processuella regler

Särtryck ur häfte 1/2022

OBITER DICTA I TVISTEMÅL OCH PREJUDIKATBUNDENHET

– ATT BESTÄMMA PREJUDIKATETS GRÄNSER GENOM PROCESSUELLA REGLER

Av Oskar Kieri¹

Av 1 kap. 8 § regeringsformen framgår att domstolarnas uppgift är rättskipning. Innebörden av detta kan beskrivas som att domstolarna tillämpar rättsregler i enskilda fall. Högsta domstolen (HD) är dock en i princip renodlad prejudikatinstans vars avgöranden även ska vara till ledning för rättstillämpningen. Mellan dessa två uppgifter kan det finnas en viss motsättning – å ena sidan är HD en domstol och förväntas tillämpa rättsregler i enskilda fall, å andra sidan ska HD:s avgöranden kunna tjäna till ledning för rättstillämpningen. Saken ställs på sin spets när det gäller uttalanden som inte är nödvändiga för att motivera domslutet: obiter dicta. Om obiter dicta anses vara bindande för rättstillämpare är det oklart om HD:s prejudikatbildning är begränsad till rättskipning; HD har i så fall närmast ett mandat att fritt skapa abstrakta normer.

I. INLEDNING

HD:s avgöranden har kommit att få stor betydelse som rättskälla – särskilt i tvistemål.² Eftersom lagstiftningen på flera områden inom civilrätten är fragmentarisk och rättsområdet inte nödvändigtvis präglas av den starka legalitetsprincip samt det politiska styrintresset som genomsyrar den offentliga rätten, har HD ett stort utrymme för rättsbildning. Om HD utnyttjar det utrymmet genom obiter dicta måste rättstillämparen bedöma prejudikatvärdet av sådana uttalanden. Det är i grunden en metodfråga; prejudikattolkning aktualiserar viktiga metodöverväganden där frågan om bundenhet måste ses som en av de mest grundläggande.

Som exempel kan anföras att HD:s modernare avgöranden ofta innehåller generella beskrivningar av vad som är gällande rätt – ibland kallade “läroboksdomskal”.³ I sådana beskrivningar kan obiter dicta förekomma. Till exempel

¹ Juriststudent, termin 9 vid Stockholms universitet. Artikeln är en omarbetning av min promemoria i specialkursen Civilprocess. Stort tack till handledare Magnus Gulliksson och studenterna i handledningsgruppen samt Juridisk Publikations redaktion och expertgranskare för värdefulla synpunkter.

² Ramberg, Christina, *Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten*, Wolters Kluwer, Stockholm, 2017, s. 17.

³ Ramberg, *Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten*, s. 293–297; jfr även Mellqvist, Mikael,

kan HD uttala sig om hur en situation som ligger nära fallet under prövning borde hanteras. Om en sådan närliggande situation sedan tas upp i en tingsrätt måste domstolen ta ställning till värdet av HD:s uttalande – om det ska följas eller ej.

Med artikeln avser jag att bidra med ett inlägg i frågan om prejudikatbundenhet. Artikeln begränsas till frågan *om obiter dicta i tvistemål kan ses som en del av prejudikatet eller på andra sätt ha samma eller liknande bindande verkan som detta*. Frågan behandlas med utgångspunkt i de processuella reglerna för HD:s verksamhet – vilket innebär en ytterligare begränsning – och kan därför ses som ett sätt att närma sig frågan om bundenhet från ett perspektiv där de processuella reglerna bestämmer vad som överhuvudtaget kan vara ett prejudikat. Särskilt fokus läggs på HD:s ställning som domstol tillika prejudikatinstans. På så vis får artikeln även ses som ett inspel i den viktiga metoddiskussionen om *hur man bör hantera frågan om bundenhet till HD:s prejudikat och vad som avses med begreppet bundenhet*.

Ambitionen är att prestera en tydligt metodbunden hantering av den aktuella frågan, varför en del övergripande resonemang om de metodöverväganden som ligger till grund för perspektivet presenteras i kapitel 2. Frågan om prejudikat är bindande (och vad det innebär) samt om detta även gäller för obiter dicta är för svensk del en förhållandevis öppen fråga. Denna artikel och det perspektiv som anläggs utgör därför endast ett exempel på en möjlig argumentationslinje i frågan. Metodbundenheten tjänar (förhoppningsvis) till att göra argumentationen enhetlig och visar vilka utgångspunkter den bygger på.

Efter metodövervägandena presenteras, i kapitel 3, en definition av obiter dictum. Den övergripande frågeställningen kopplas även till ett par exempel ur rättspraxis som närmare belyser vad obiter dictum är och varför rättstillämparens inställning till fenomenet har betydelse.

Efter detta följer, i kapitel 4–8, den egentliga hanteringen av frågan. I kapitel 4 diskuteras om obiter dicta är förenligt med de formella krav som ställs på tvistemålsdomen. Detta följs, i kapitel 5, av en utredning av bundenhet till prejudikat och obiter dicta. I samband med detta behandlas även den närmare innebörden av begreppet bundenhet. I kapitel 6 lyfts HD:s särställning som prejudikatinstans fram och frågan ställs om den funktionen påverkar synen på obiter dicta som bindande eller ej. Efter detta presenteras slutsatserna i kapitel 7, följt av en diskussion om betydelsen för prejudikatets gränser i kapitel 8.

2. METODÖVERVÄGANDEN

Vid utredningen av frågeställningen tillämpas en rättsdogmatisk metod. Den rättsdogmatiska metoden är mångfacetterad och det kan vara så att det inte endast finns en, utan flera olika rättsdogmatiska metoder.⁴ Det går även att ifrågasätta i vilken utsträckning den skiljer sig från metoden som en praktiskt verksam jurist använder, men en del skillnader har utpekats och rättsdogmatiken kan hävdas vara den särskilda juridiska metod som rättsvetenskapsmännen huvudsakligen nyttjar.⁵ Skillnader av intresse för denna artikel är att något beslutsvång inte föreligger och att ett mer kritiskt, eller rationellt, förhållningssätt till domstolarna och rättsreglerna är möjligt; i en rättsutredning är det knappast eftertraktat med en kritisk genomgång av hur domstolar *borde* agera, men i rättsvetenskapen kan det mycket väl vara så.⁶

Det som utmärker metoden är att det är en bunden metod som i sig är en del av det juridiska systemet.⁷ Bundenheten innebär att endast vissa källor – rättskällorna – och vissa sorters argumentation accepteras.⁸ Strömholm kallar detta sammantaget för rättskällefaktorer, vilket han delar upp i rättskälleprinciper (hanteringsregler, eller: den juridiska argumentationstekniken) och övriga rättskällefaktorer (de egentliga rättskällorna).⁹ I förhållande till utredningen innebär detta att svaret *söks i rättskällorna* med hjälp av *juridisk argumentation*.

Vad gäller argumentationen har det redan framhållits att den är begränsad till de processuella reglerna, vilka ska förstås i vid bemärkelse. Även skadeståndsregler och straffsanktioner behandlas när det finns en koppling till reglerna som styr domstolarnas uppdrag och verksamhet. Några påpekanden om

4 Heuman, Lars, *Metodutvecklingen inom doktrinen*, JT 2020/21, s. 39–40.

5 Jfr t.ex. Peczenik, Aleksander, *Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken*, FT 1990, s. 42 samt Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 13 u., Lusté, Uppsala, 2021, s. 31.

6 Jfr t.ex. Peczenik i FT 1990, s. 42–44 samt Lehrberg, *Praktisk juridisk metod*, s. 31 och 203–204.

7 Jfr t.ex. Lehrberg, *Praktisk juridisk metod*, s. 203–206 om doktrinen som rättskälla samt Strömholm, Stig, Lyles, Max & Valguarnera, Filippo, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 6 u., Norstedts Juridik, Stockholm, 2020, s. 36–38 och 336–339 om hanteringsregler.

8 Jfr t.ex. Strömholm m.fl., *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, s. 32–36. Vilka källor och vilken argumentation som accepteras är en ständigt pågående metoddiskussion; jfr t.ex., Sundberg, Jacob W. F, fr. *Eddan t. Ekelöf*, 2 u., Juristförlaget, Stockholm, 1990, s. 29–37 samt Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Fritzes, Stockholm, 1995, s. 325–326.

9 Strömholm m.fl., *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, s. 36–38 och 336–339. Exakt vad som kan benämnas rättskällor, och vad den benämningen innebär, är en omdiskuterad fråga; se t.ex. Strömholm m.fl., *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, s. 329–339.

systematisk argumentation kan vara på sin plats, då detta är något som präglar framställningen. Systematisk argumentation bygger huvudsakligen på en strävan att sammanföra rättskällematerialet till en helhet utan motsägelser.¹⁰ Det kan innebära att bestämmelser tolkas på ett sätt som harmonierar med övriga bestämmelser,¹¹ eller – som i föreliggande fall – att frågan om prejudikatbundenhet och obiter dicta behandlas mot bakgrund av relevanta regler som styr domstolarnas verksamhet. Syftet med en systematisk argumentation kan variera men är oftast kopplat till en önskan om begriplighet och förutsebarhet; en sådan argumentation kan sägas bygga på tanken att rättsordningen utgör – eller bör utgöra – ett sammanhängande system, av vilket följer ett krav på konsekvens och konsistens i rättstillämpningen.¹² Denna önskan om systematisk begriplighet kan dock kontrasteras mot andra mål med rättstillämpningen, till exempel att materiell rättvisa skipas i enskilda fall.¹³

Valet av metod innebär ett ställningstagande där en rättsdogmatisk metod med fokus på de processuella reglerna premieras framför, till exempel, ett friare åskådningssätt angående hur HD:s rättsbildning bör se ut, eller en metod som bygger på att beskriva hur HD:s avgöranden hanteras i underrätterna (och implicit ofta bygger på synsättet att det även bör vara så). Det finns alltså en normativ ansats och artikeln är att förstå som en till viss del tesdrivande text som framställer en möjlig argumentationslinje i den aktuella frågan.

Det kan framstå som ett vedertaget sätt att behandla en juridisk fråga, men saken hanteras ofta ur andra perspektiv som, enligt min uppfattning, närmast är att beskriva som rättspolitiska; detta gäller även när uttalandena framstår som riktade till just rättstillämpare. Situationen kan illustreras med två olika ståndpunkter i den närliggande frågan om hur HD:s rättsbildning bör se ut. Lindskog har uttalat sig för en ganska långtgående rättsbildning av HD,¹⁴ medan Wersäll intar en mer restriktiv hållning.¹⁵ Trots de olika slutsatserna tycks bådas argumentation huvudsakligen bygga på vad de själva anser bidrar till en positiv samhällsutveckling – inte vad som framgår av rättskällorna eller metodöverväganden – vilket kan förstås som ett *fritt angreppssätt*.

10 Strömholm m.fl., *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, s. 439–441 och 471.

11 Strömholm m.fl., *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, s. 439–441.

12 Strömholm m.fl., *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, s. 439–441 och 471.

13 Strömholm m.fl., *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, s. 443–444.

14 Lindskogs tillägg i NJA 2012 s. 535.

15 Wersäll, Fredrik, *En offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning.*, SvJT 2014, s. 1–8.

Den valda metoden kan även kontrasteras mot funktions- eller ändamålsinriktade synsätt som är vanligt förekommande, särskilt i processrätten.¹⁶ Ur ett sådant perspektiv kan grundsynen på processens funktion – de mål som rättskipningen anses ha till uppgift att uppnå – tjäna som rättesnöre för hur specifika frågor ska bedömas. Även detta framstår som ett något friare angreppssätt. Särskilt olika teleologiska metoder har ibland ett förhållandevis fritt förhållningssätt till rättskällorna och fokuserar i stället på påstådda ändamål med reglerna.¹⁷ I jämförelse kan den här använda striktare rättsdogmatiska behandlingen uppfattas som *formalistisk*.¹⁸

Formuleringen av frågeställningarna och lösningen av dem är alltså till syvende och sist beroende av vilken metod man väljer – i grunden ett normativt val. Den begränsade rättsdogmatiska metoden som används i artikeln vilar på, framför allt, antagandet att en juridisk argumentation som är begränsad till vissa källor, och genom systematisk argumentation söker främja enhetlighet samt koherens i rättssystemet, *har ett värde*. Grunden för detta antagande kan vara en önskan om att lika fall ska behandlas lika,¹⁹ eller bygga på mer sofistikerade begreppsbyggnader som formell rättssäkerhet.²⁰ Att sådana värderingar är viktiga i den svenska rättsordningen framstår som uppenbart; grundtanken med en särskild yrkesgrupp som tillämpar generella normer i enskilda fall på ett likartat sätt bygger på just dessa värderingar.²¹ Jag vill därför hävda att detta normativa antagande inte har ställts upp av mig. Min insats är snarare deskriptiv i den meningen att jag beskriver en möjlig argumentationslinje baserad på normer som jag anser förekommer i rättsordningen. Framställningen förblir dock normativ till viss del eftersom den bygger på antagandet att dessa värderingar som uttrycks i rättsordningen bör, i stället för andra normer inom eller utom rättsordningen, ligga till grund för en rättslig argumentation i den aktuella frågan.

16 Jfr t.ex. Lindell, Bengt, *Civilprocessen – rättegång samt skiljeförfarande och medling*, 5 u., lustus, Uppsala, 2021, s. 23–46 samt Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Heuman, Lars & Pauli, Mikael, *Rättegång. Första häftet*, 9 u., Wolters Kluwer, Stockholm, 2016, s. 13–31 och 85–115.

17 Jfr t.ex. Ekelöf m.fl., *Rättegång. Första häftet*, s. 94–115 om Ekelöfs teleologiska metod; jfr även Strömholm m.fl., *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, s. 500–517.

18 Vad det nu kan tänkas innebära; om formalism, se t.ex. Samuelsson, Joel, *Tolkning och utfyllning: Undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema*, lustus, Uppsala, 2008, s. 480–489.

19 Jfr t.ex. Strömholm m.fl., *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, s. 458.

20 Jfr t.ex. Croon, Adam, *Jura Novit Curia: En rättsgenetisk undersökning av den juridiska metodlärans utveckling under 1800-talet*, Jure, Stockholm, 2017, s. 35–46.

21 Jfr Croon, *Jura Novit Curia*, s. 107–115.

3. VAD ÄR OBITER DICTA?

Obiter dicta kan enkelt beskrivas som uttalanden som inte är nödvändiga för att motivera domslutet, till skillnad från domskäl som är de egentliga motiven – ratio decidendi – för domslutet.²² I tvistemål är obiter dicta uttalanden som saknar betydelse för att avgöra tvistefrågan.²³ Definitionen är uppenbarligen vid och kan omfatta flera olika företeelser. I doktrinen har till exempel tilläggen till HD:s domar diskuterats.²⁴ Sådana uppenbara obiter dicta är enkla att känna igen, men fenomenet kan vara betydligt svårare att urskilja från de egentliga domskälen.

Med obiter dicta kan dock även avses det som inte är prejudicerande i domskäl.²⁵ Ansluter man sig till ett sådant synsätt avgörs frågan om bundenhet slutligt genom att ett uttalande betecknas som ett obiter dictum eftersom det då definitionsmässigt inte är bindande. På samma sätt kan en grundinställning att endast de egentliga domskälen är bindande leda till att den egentliga frågan är om något är ett obiter dictum eller ej. Det finns alltså en risk för cirkelresonemang med tanke på hur frågeställningen formulerats i den här artikeln; i definitionen av begreppet kan man (medvetet eller omedvetet) lägga in en betydelse som slutgiltigt besvarar den ställda frågan. För att undvika detta utgår analysen från en definition av obiter dicta endast som uttalanden vilka inte utgör en del av skälen för domslutet, vilket inte i sig självt säger något om i vilken utsträckning sådana uttalanden är – eller bör vara – bindande för rättstillämpare.

I sammanhanget bör några påpekanden även göras angående begreppet prejudikat som kan erbjuda vissa svårigheter. I snäv bemärkelse är ett prejudikat ett avgörande (eller delarna i ett avgörande: rättsnormen) som kan vara prejudicerande, men begreppet används även generellt som benämning på överinstansernas avgöranden.²⁶ I artikeln används begreppet i den snävare bemärkelsen för att beteckna det som *kan anses* vara prejudicerande i ett avgörande. Detta innebär dock inte att någon ställning tas angående vad som kan – eller bör – vara prejudicerande i ett avgörande. När så är fallet anges

22 Gregow, Torkel, *Obiter dictum: något att uppmuntra eller motarbeta?*, JT 2015/16, s. 36; Melz, Peter, *Obiter dicta i Regeringsrättens prejudikatbildning – hjälpsamt eller förvirrande?*, Regeringsrätten 100 år,ustus, Uppsala, 2009, s. 345.

23 Gregow i JT 2015/16, s. 36.

24 Se t.ex. Calissendorff, Lambertz, & Lindskog, *Tillägg till Högsta domstolens avgöranden, samt något om skiljaktigheter*, SvJT 2012, s. 313.

25 Andersson, Torbjörn, Dahlberg, Mattias, Reichel, Jane & Samuelsson, Joel, *Juridikens termer*, 10 u., Liber, Stockholm, 2015, "Obiter dictum", s. 137.

26 Ramberg, *Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten*, s. 27–28; Andersson m.fl., *Juridikens termer*, "Prejudikat", s. 153.

det särskilt. Snarare innebär det endast att prejudikat undviks som generell benämning på HD:s avgöranden.

NJA 2007 s. 962 kan tjäna som ett exempel på ett avgörande där ett obiter dictum är invävt i de egentliga domskälen. I fallet väcktes frågorna dels om skäligheten av en viss preskriptionsklausul i ett avtal om överlåtelsebesiktning av fastighet, dels om nämnda klausul överhuvudtaget blivit avtalsinnehåll mellan parterna. Under rubriken domskäl förde HD ett utförligt resonemang om huruvida klausulen i fråga var oskälig och konstaterade att så inte var fallet. Efter detta slog HD fast att klausulen hur som helst inte utgjorde avtalsinnehåll mellan parterna, vilket gör den föregående delen till ett obiter dictum.²⁷ Det var visserligen så att båda frågorna lyfts i målet; det stod HD fritt att pröva frågan om oskälighet och domstolen hade kunnat avgöra målet genom att besvara den frågan. Med beaktande av slutsatsen – att klausulen inte var en del av parternas avtal – kan dock inte resonemangen betraktas som egentliga domskäl. Frågan om oskälighet utgjorde nämligen inte ett led i motiveringen av domslutet.

Som exempel på ett potentiellt obiter dictum som är svårare att urskilja kan anföras det omdiskuterade emissionsgarantimålet NJA 2016 s. 107,²⁸ där delarna av domen som rör skadeståndsskyldighet, enligt HD:s yttrande i det följande domvillomålet,²⁹ inte låg till grund för domslutet och alltså närmast är att anse som ett långt obiter dictum. Enligt en uppfattning av målet som framförts i doktrinen var skadeståndsskyldigheten däremot ett nödvändigt resonemang för domslutet – egentliga domskäl.³⁰ Saken kan kompliceras ytterligare mot bakgrund av samma dom; om man anser att HD begick ett grovt rättegångsfel i det ursprungliga målet eftersom en icke åberopad omständighet (skadeståndsskyldighet) lades till grund för domslutet så uppstår frågan om inte hela domen är ett långt obiter dictum. Detta är lite tillspetsat och eftersom HD konstaterade att det inte var fråga om domvilla kanske saken är avgjord även när det gäller frågan om prejudikatvärdet av den ursprungliga domen; att en senare tillkommen prejudikatolkare ska göra sin egen bedömning

27 Se även Ramberg, Christina, *Inkorporering av standardavtal*, JT 2007/08, s. 722–723 och *Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten*, s. 285–286.

28 Fallet och det efterföljande domvillomålet har diskuterats utförligt i doktrinen, varför någon beskrivning inte lämnas här. I detta sammanhang är det egentligen endast intressant som ett exempel på svårigheter som kan uppstå vid försök att bestämma ratio decidendi när hänsyn även tas till de processuella förutsättningarna för avgörandet; fallet i sig tillför inte något.

29 Yttrande 2016-06-09 i mål nr Ö 1810-16, som delvis återges av Håstad, Torgny, *Emissionsgarantimålet NJA 2016 s. 107; nu fråga om domvilla och resning samt lämplig domstol för vissa extraordinära ärenden*, JT 2016/17, s. 611–612.

30 Se t.ex. Håstad i JT 2016/17, s. 617.

av frågan om domvillan framstår som väl pikant, även om stöd i doktrinen finns för uppfattningen att åtminstone ett grovt rättegångsfel var för handen i detta fall.³¹ Det är emellertid ett bra exempel på att bedömningen av vad som är obiter dictum kan vara svår och ofta bygger på hur man tolkar domen i fråga och de processuella förutsättningarna för den.

Svårigheterna har knappast blivit mindre med anledning av HD:s numera vidlyftiga domskäl fyllda av abstrakta resonemang och en strävan efter att i själva domen ge uttryck för rättsgrundsatsen.³² Denna domsskrivningsstil har ibland prisats för att den tydligt visar hur HD har resonerat och varför domstolen kom fram till den aktuella slutsatsen.³³ Om man anser att det är viktigt att skilja på vad som är obiter dicta och inte, kan stilen dock kritiseras i jämförelse med äldre tiders lakoniska domar.³⁴ Det kan vara så att den nyare domsskrivningen delvis hänger ihop med att frågan om vad som är obiter dicta inte anses vara särskilt viktig – så länge underrätterna följer HD:s domar saknar den betydelse.³⁵

Trots svårigheterna att i ett enskilt fall konstatera vad som är obiter dictum anser jag att den grundläggande definitionen som den här artikeln följer och principen bakom hur frågan avgörs är enkel att följa. I fortsättningen när obiter dicta diskuteras avses därför allt som inte kan anses vara skäl för domslutet – allt från resonemang som är subtilt invävda i de egentliga domskälen men saknar betydelse för dem, till tillägg och andra uttalanden som är uppenbara obiter dicta. Av störst intresse är dock de mindre uppenbara fallen, eftersom det främst är just sådana gränsfall som kan komma att betraktas som en del av prejudikatet – av förbiseende eller på grund av att skillnaden mellan obiter dicta och domskäl anses sakna betydelse. Vidare är det huvudsakligen obiter dicta rörande rättsfrågor som är av intresse; om HD uttalar sig olämpligt om en part eller liknande kan det ha betydelse för parterna men knappast för en jurist som söker prejudikat.³⁶ Det ovannämnda NJA 2007 s. 962 är ett utmärkt exempel på ett obiter dictum som placerats

31 Se t.ex. Håstad i JT 2016/17, s. 619.

32 Jfr t.ex. Bengtsson, Bertil, *Om Högsta domstolens nya skrivsätt*, JT 2012/13, s. 743–753 och Victor, Dag, *Något om domsskrivning i högsta instans*, Festskrift till Johan Hirschfeldt, Lustus, Uppsala, 2008, s. 541–556. För utvecklingen, se Strömholm m.fl., *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, s. 397–402.

33 Se t.ex. Bengtsson i JT 2012/13, s. 748 och Victor i Festskrift till Johan Hirschfeldt, s. 556.

34 Jfr Gregow i JT 2015/16 s. 40 och 49.

35 Vilket tycks vara Lindskogs uppfattning enligt hans tillägg i NJA 2012 s. 535; jfr Gregow i JT 2015/16, s. 47–48; jfr även Munck, Johan, *Rättskällor förr och nu*, Juridisk Publikation 2014, s. 206.

36 Gregow i JT 2015/16, s. 39.

under rubriken domskäl och avser en rättsfråga. Det är uppenbart att HD försökt rättsbilda genom uttalandet, vilket framtida rättstillämpare måste förhålla sig till.

4. ÄR OBITER DICTA FÖRENLIGT MED KRAVEN PÅ TVISTEMÅLS- DOMEN SOM FRAMGÅR AV RÄTTEGÅNGSBALKEN?

För att utreda frågan om obiter dicta är bindande framstår det som rimligt att inleda med en utredning av vad en dom ska innehålla. Även om obiter dicta nog främst förekommer i domar bör det uppmärksammas att det följande i princip bör gälla även för beslut.³⁷ Enligt 17 kap. 7 § 1 st. 5 p. rättegångsbalken ska en dom innehålla domskäl. Domskäl används ofta vardagligt som beteckning på större delen av domen. Med de egentliga domskälen avses dock skäl som stödjer domslutet, både i bevis- och rättsfrågan.³⁸ I enkla fall kan det framstå som en subsumtion där domskälen direkt sammankopplar rättsfakta i målet med rekvisiten i en rättsregel; i mer komplicerade fall kan det dock krävas en längre argumentationskedja där varje länk är en nödvändig del för att komma fram till domslutet – och alltså att förstå som domskäl.³⁹ Ofta skrivs domar på ett argumenterande sätt med hjälp av sam- och motverkande skäl, vilket kan göra det svårt att avgöra vilka skäl som är nödvändiga för domslutet.⁴⁰

Kravet på att domskäl ska anges kan förklaras ur flera perspektiv, och tas väl idag närmast som en självklarhet,⁴¹ men några viktiga skäl för kravet bör trots det utpekas. Den huvudsakliga funktionen av domskälen är att motivera domslutet. Då domstolen utövar makt genom domen innebär motiveringen även ett krav på domstolen att legitimera maktutövningen.⁴² En motivering av ett domslut är också en viktig garanti för rättssäkerhet.⁴³

Några egentliga begränsningar på så vis att obiter dicta inte får vara en del av domen framgår inte av paragrafen. Det har hävdats att reglerna om domen lämnar stor frihet till domaren och att det egentligen endast är vid försummelser i förhållande till 17 kap. 7 § rättegångsbalken – typiskt sett att domskälen

37 I vissa fall måste skäl för beslut anges, 17 kap. 12–13 §§ rättegångsbalken, och i övrigt finns inga avvikande bestämmelser av intresse i detta sammanhang.

38 Bergholtz, Gunnar, *Ratio et Auctoritas: Ett komparativrättsligt bidrag till frågan om domsmotiveringens betydelse främst i tvistemål*, Juridiska Föreningen i Lund, Lund, 1987, s. 108; Olivecrona, Karl, *Domen i tvistemål*, C. W. K Gleerup, Lund, 1943, s. 120; SOU 2001:103 s. 278.

39 Jfr Olivecrona, *Domen i tvistemål*, s. 157 och Mellqvist i SvJT 2017, s. 810–811.

40 Mellqvist i SvJT 2017, s. 810–811.

41 Se dock Bergholtz, *Ratio et Auctoritas*, s. 26–31 om äldre tider.

42 Bergholtz, *Ratio et Auctoritas*, s. 358; Olivecrona, *Domen i tvistemål*, s. 127.

43 Olivecrona, *Domen i tvistemål*, s. 120 och 127.

saknar visst innehåll, inte att det finns överflödigt innehåll – som frågor om kraven på motiveringen aktualiseras.⁴⁴

Uppenbart är dock att vad som helst inte får skrivas i en dom. Justitieombudsmannen (JO) har till exempel uttalat, om en länsrättsdom, att omständigheter som saknar betydelse för utgången inte hör hemma i domskälen. Som exempel på sådana omständigheter anförde JO domarens eventuella missnöje med en part.⁴⁵ Som Bergholtz påpekar kan man nog inte dra några längre gående slutsatser av uttalandet än att JO kan komma att kritisera en dom som strider mot detta.⁴⁶ Min uppfattning är att det främst lär gälla olämpliga uttalanden om parter eller liknande, som helt saknar betydelse för utgången, men kan ha en negativ effekt för någon som målet rör. Obiter dicta i rättsfrågor ligger nog allt som oftast inom den frihet som domstolen har tilldelats vid utformningen av skälen.

Brister i domskälen kan även leda till disciplinpåföljd på grund av tjänsteförseelse enligt 14 § lagen om offentlig anställning (1994:260). I JO 2011/12 s. 39 fick en rådmann kritik och Statens ansvarsnämnd beslutade att meddela disciplinpåföljd. Även detta fall rörde brister i motiveringen och olämpliga uttalanden om en part.

Något som bör nämnas i sammanhanget är domvillan på den grunden att domen är så oklar eller ofullständig att det inte framgår av den hur domstolen har dömt, 59 kap. 1 § 1 st. 3 p. rättegångsbalken. Bestämmelsen tar huvudsakligen sikte på domslutet, men domskälen kan givetvis ha betydelse för att avgöra vad domslutet innebär.⁴⁷ Man kan eventuellt hävda att flagranta brott mot motiveringsskyldigheten är att betrakta som domvillan enligt den punkten.⁴⁸ Obiter dicta kan göra det svårare att uttolka innebörden av domslutet, men det borde krävas anmärkningsvärda resonemang för att domvillan ska bli aktuellt. Någon större betydelse gällande obiter dicta i allmänhet lär bestämmelsen inte ha.

I övrigt bör 1 kap. 8 § regeringsformen uppmärksammas, av vilken det framgår att domstolarnas uppgift är rättskipning. Med rättskipning avses, enkelt uttryckt, just avgörandet av enskilda fall genom rättstillämpning.⁴⁹

44 Bergholtz, *Ratio et Auctoritas*, s. 133.

45 JO 1984/85 s. 411.

46 Bergholtz, *Ratio et Auctoritas*, s. 128.

47 Fitger, Peter, Sörbom, Monika, Eriksson, Tobias, Hall, Per, Palmkvist, Ragnar & Renfors, Cecilia, *Rättegångsbalken* (2021-12-10 Version 91 JUNO), kommentaren till 59 kap. 1 §.

48 Fitger m.fl., *Rättegångsbalken*, kommentaren till 59 kap. 1 §.

49 Prop. 1973:90 s. 232–233.

Reflektioner som inte är nödvändiga för domslutet kan mycket väl vara en del av en domstols metod för att avgöra enskilda fall. Det framstår, till exempel, som naturligt att olika möjliga utfall och närliggande frågor diskuteras vid överläggningen. Saken framträder dock i ett annat ljus när domstolen beslutar att redovisa dessa överväganden i själva domen. Då ett obiter dictum, definitionsmässigt, aldrig kan vara en del av lösningen av ett enskilt fall är det, enligt min uppfattning, betänkligt att framföra sådana uttalanden i en dom.⁵⁰ Att det skulle strida mot 1 kap. 8 § regeringsformen och domstolarnas roll är dock knappast fallet och obiter dicta förekommer, som bekant, även i HD.

Sammanfattningsvis står det klart att obiter dicta inte strider mot kraven på vad en tvistemålsdom ska (eller får) innehålla. Av rättskällorna tycks dock framgå en grundsyn att domen främst syftar till att presentera ett domslut med en godtagbar motivering. En sådan uppfattning är även förenlig med rättskipningsuppgiften. Den frihet vid utformningen av domen som framgår av reglerna kan visserligen inbjuda till obiter dicta, men det finns inget stöd för att detta skulle vara syftet med regelverket.

5. ÄR OBITER DICTA BINDANDE?

5.1 VAD INNEBÄR BUNDENHET?

En utgångspunkt för att diskutera bundenhet till prejudikat är vad som avses med begreppet bundenhet. Asp har i en artikel uppmärksammat vissa problem med begreppet.⁵¹ Huvudlinjen i artikeln, som jag uppfattar den, är att det knappast går att tala om bundenhet i den meningen att en underrätt är tvungen att besluta i enlighet med ett tidigare prejudikat. En sådan bundenhet föreligger inte i förhållande till någon rättskälla. För att komma fram till att en lagregel eller ett prejudikat ska tillämpas i ett specifikt fall krävs nämligen en tolkning. Utöver det uppenbara att prejudikatet måste tolkas, bör det även uppmärksammas att det krävs att den framtolkade regeln anses vara tillämplig på det specifika fallet – vilket normalt kräver både bevisvärdering och tolkning. Utfallet av tolkningen kan vara att regeln ska tillämpas fullt ut, delvis, eller inte alls; reduktionsslutet bör uppmärksammas då det kan innebära att en regel inte tillämpas inom dess tillämpningsområde. En bundenhet i den meningen att utfallet i ett specifikt fall ska vara förenligt med ett prejudikat eller en lagbestämmelse finns inte, och kan knappast finnas just på grund av

⁵⁰ Se även Gregow, Torkel, *Några synpunkter på frågan om prejudikats bindande verkan*, Festskrift till Gösta Walin, Norstedts Juridik, Stockholm, 2002, s. 120 och Gregow i JT 2015/16, s. 48–49.

⁵¹ Det följande bygger på Asp, Petter, *Skäl, slut och skiljaktighet — noteringar kring svensk prejudikatlära*, SvJT 2021, s. 451–459.

denna tolkningsoperation. Man kan däremot tala om en bundenhet i den meningen att en rättstillämpare måste *beakta* vissa rättskällor, till exempel prejudikat. Jag delar i stort Asps synpunkter i denna del och utredningen nedan kommer därför fokusera på om någon skyldighet att beakta obiter dicta finns.

Frågan om denna beaktandeskyldighet är identisk med den bundenhet som föreligger i förhållande till lag, och eventuellt andra rättskällor, kommer inte utredas närmare i artikeln. Följande diskussion avser alltså en beaktandeskyldighet; begreppet bundenhet undviks då det kan innebära ett starkare krav på följsamhet som kanske föreligger i förhållande till andra rättskällor.

5.2 MÅSTE PREJUDIKAT ÖVERHUVUDTAGET BEAKTAS?

Ett ofta citerat uttalande, från ett lagutskott år 1947, är att “endast tyngden av de skäl, som av högsta domstolen åberopas till motivering av domsluten, bör vara avgörande för högsta domstolens inflytande på rättstillämpningen i de lägre instanserna”.⁵² Viss rättsutveckling har dock skett sedan detta uttalande, och det har ifrågasatts om det ens var en riktig beskrivning av rättsläget år 1947.⁵³ Några lagregler som direkt behandlar prejudikatbundenhet finns inte, men ansvar för tjänstefel och skadeståndsansvar för staten på grund av felaktig rättstillämpning är av betydelse i sammanhanget.

Frågan om statens skadeståndsansvar för felaktig rättstillämpning, och indirekt frågan om prejudikatbundenhet, har behandlats i NJA 1994 s. 194. I fallet hade en hovrätt avvikit från ett av HD:s prejudikat, men motiverat avvikelsen utförligt. HD konstaterade att en myndighets rättstillämpning endast i undantagsfall kan betraktas som felaktig och att det är fråga om en culpabedömning; när det gäller domstolar menade HD att högre krav kan ställas. HD anförde vidare att underrätter inte är bundna av HD:s prejudikat men att prejudikaten har stor betydelse vid den ovan nämnda culpabedömningen. Vidare påpekade HD att även underrätterna måste ha ett utrymme för rättsutveckling, vilket kan innefatta avvikande från prejudikat. För att avvikandet inte ska utgöra felaktig rättstillämpning krävs dock att domstolen anför rimliga skäl för avvikelsen, vilket hade skett i det aktuella fallet. Sammanfattningsvis tycks innebörden av NJA 1994 s. 194 vara att en domstol är skyldig att beakta prejudikat men inte att följa dem, förutsatt att en utförlig motivering görs.⁵⁴

52 Citerat från Asp i SvJT 2021, s. 447 med vidare hänvisning till första lagutskottets utlåtande nr 1, 1947 s. 3 f.

53 Asp i SvJT 2021, s. 447–448 not 10.

54 Jfr även Kleineman, Jan, *Vad en domare bör veta – ett rättsfall om statens ansvar vid felaktig rättstillämpning*, JT 1994/95, s. 141–149.

Den skyldighet att beakta prejudikat som framgår av NJA 1994 s. 194 kan även anses ha bekräftats i NJA 2013 s. 842 p. 37 där HD uttalade att det i doktrinen har påpekats att skadestånd mest troligt hade utgått i NJA 1994 s. 194 om hovrätten hade förbisetat prejudikatet i fråga.⁵⁵ Detta talar för att det finns ett krav på just beaktande och att en otillräcklig undersökning av praxis vid dömande kan vara culpöst. Av övrig praxis angående skadestånd på grund av felaktig rättstillämpning, som visserligen inte handlar om avvikande från prejudikat, framgår det att skadestånd endast är aktuellt vid rena förbiseenden av bestämmelser eller uppenbart oriktiga bedömningar.⁵⁶ Det stödjer uppfattningen att det huvudsakligen är rena förbiseenden av prejudikat som kan grunda skadeståndsskyldighet.

Med tanke på den ovan behandlade frågan om begreppet bundenhet kan man givetvis ifrågasätta hur man avgör om en underrätt har följt ett prejudikat. I NJA 1994 s. 194 var den frågan enkel eftersom hovrätten själv redovisat avvikelsen från prejudikatet. Man kan dock tänka sig fall där en underrätt överhuvudtaget inte nämnt ett prejudikat som eventuellt var tillämpligt. Förmodligen kommer domstolen som prövar frågan om felaktig rättstillämpning i en sådan situation själv genomföra en tolkning för att konstatera om prejudikatet skulle ha tillämpats. Om domstolen kommer fram till att så är fallet följer frågan om prejudikatet borde ha nämnts i domen tillsammans med en motivering för avvikelsen, eller om detta är något som blir en bevisfråga där domstolen som avvek från prejudikatet kan påstå att prejudikatet diskuterades under överläggningen. Något klart svar på detta finns inte vad jag vet. Problematiken grundar sig ytterst i om skadeståndsbedömningen är kopplad enbart till felaktig rättstillämpning eller även till utformningen av domskälen. HD påpekade dock i ovannämnda NJA 2013 s. 842 p. 39 att resonemangen ska framgå av domskälen och att en förklaring i efterhand saknar betydelse för culpabedömningen, vilket utgör stöd för att bedömningen är kopplad till domskälens utformning.

Även tjänstefel enligt 20 kap. 1 § brottsbalken bör nämnas. Förutsättningarna för straffansvar är att man vid myndighetsutövning, uppsåtligt eller oaktsamt, åsidosätter vad som gäller för uppgiften och att gärningen inte kan anses som ringa. Det tycks inte finnas några exempel i praxis på att en domare som inte följt ett prejudikat dömts för tjänstefel, men det kan eventuellt vara en möjlig påföljd.⁵⁷ I NJA 2005 s. 385 behandlades frågan om ansvar för tjänstefel för en polisintendent. Bakgrunden var att ett avlägsnande skett som visserligen inte

55 Se även Ramberg, *Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten*, s. 47.

56 NJA 2003 s. 285, NJA 2007 s. 862 och NJA 2010 s. 577.

57 Se även Ramberg, *Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten*, s. 46.

var oförenligt med lagens ordalydelse men stred mot vissa förarbetsuttalanden. Polisintendenten friades då hon inte ansågs ha åsidosatt vad som gällde för uppgiften. Intressant för denna framställning är att domen eventuellt ger stöd för att tjänstefel kan aktualiseras vid handlande i strid mot förarbetsuttalanden; det kan i sin tur utgöra, visserligen svagt, stöd för att detta även gäller för avvikande från prejudikat.⁵⁸ Bedömningen lär, åtminstone i delarna som är intressanta för denna framställning, vara ganska lik bedömningen av om felaktig rättstillämpning föreligger, och det straffbara utrymmet lär vara snävt.⁵⁹ En potentiell skillnad som Munck lyfter fram är att man kan ifrågasätta om den ovan beskrivna skyldigheten att motivera avvikelser från prejudikat även gäller vid ansvar för tjänstefel; det framstår som svåröförenligt med straffrättsliga principer att ett uppsåtligt åsidosättande av prejudikat inte är straffbart medan ett åsidosättande som sker på grund av försummelse är det.⁶⁰ Det beror dock på vad rekvisitet ”åsidosättande” innebär i dessa situationer; gäller det bara frågan om domstolen faktiskt avvikit från ett prejudikat eller är det snarare fråga om en bedömning av kvalitén på domstolens rättsutredning och argumentation? Min uppfattning är att det senare alternativet borde gälla eftersom straffbarheten annars bygger på att en ovillkorlig skyldighet att följa prejudikat föreligger, vilket inte är fallet i svensk rätt.

En annan aspekt av bundenhetsfrågan som ofta tas upp i doktrinen är att HD, enligt 3 kap. 6 § rättegångsbalken, får besluta om att avvikelser från en rättsgrundsats eller tolkning som varit antagen av HD ska avgöras i plenum. Paragrafen är utformad som en fakultativ regel, men det har påpekats att detta nog beror på tillämpningssvårigheterna associerade med bestämmelsen och att den principiellt bör uppfattas som bindande.⁶¹ Bestämmelsen kan, med ett sådant synsätt, förstås som ett lagstöd för att HD är bunden av sina egna avgöranden. Det går dock att ifrågasätta hur stor betydelse en handläggningsregel riktad direkt till HD ska ha för frågan om prejudikatbundenhet.⁶² Ett visst stöd för prejudikatbundenhet kan man dock finna i bestämmelsen eftersom det kan framstå som systematiskt märkligt om en underrätt får avvika från ett prejudikat när HD förväntas avgöra en sådan fråga i plenum.⁶³

58 Jfr Munck, Johan, *Prejudikat, lagmotiv och tjänstefel*, Festskrift till Madeleine Leijonhufvud, Norstedts Juridik, Stockholm, 2007, s. 202–203.

59 Jfr Munck i Festskrift till Madeleine Leijonhufvud, s. 204.

60 Munck i Festskrift till Madeleine Leijonhufvud, s. 204.

61 Welamson, Lars & Munck, Johan, *Processen i hovrätt och Högsta domstolen: Rättegång VI*, 5 u., Wolters Kluwer, Stockholm, 2016, s. 166; prop. 1988/89:78 s. 52; Gregow i Festskrift till Gösta Walin, s. 117–119.

62 Jfr Asp i SvJT 2021, s. 450–451.

63 Jfr Gregow i Festskrift till Gösta Walin, s. 124.

En domare är alltså skyldig att beakta HD:s prejudikat.⁶⁴ Den som inte gör det kan beskyllas för felaktig rättstillämpning och därmed ådra staten skadeståndsskyldighet. Som diskuterats ovan kan även tjänstefel vara en möjlig påföljd; detta är dock tveksamt och det straffbara utrymmet i så fall snävt. Andra påföljder, som till exempel disciplinpåföljd på grund av tjänsteförseelse enligt 14 § lagen om offentlig anställning, kan kanske aktualiseras men är av underordnat intresse i sammanhanget då bedömningen lär vara snarlik. Skadestånd på grund av åsidosättande av Europakonventionen behandlas inte i denna artikel, men kan nog även nämnas som en potentiell påföljd.

Avvikelser från prejudikat är tillåtna men måste motiveras. Exakt var gränsen går är svårt att precisera närmare än så och man kan bland annat ifrågasätta om en domstol konsekvent kan avvika från ett prejudikat med samma motivering, trots att domarna överklagas och ändras av HD. Förr eller senare kanske detta passerar gränsen och betraktas som felaktig rättstillämpning. Särskilt tydlig är alltså inte denna beaktandeskyldighet, men att hävda att ingen skyldighet att beakta prejudikat föreligger, när det finns en faktisk risk för sanktioner, kan inte vara korrekt.

5.3 KRAVET PÅ BEAKTANDE I FÖRHÅLLANDE TILL OBITER DICTA

Frågan är dock i vilken utsträckning beaktandeskyldigheten gäller för obiter dicta. Klart står att obiter dicta förekommer i HD:s avgöranden och det framstår även som att domstolen önskar fastslå rättsgrundsatser på det viset. Det vore svårt att motivera det ovan behandlade NJA 2007 s. 962 annars, och även andra exempel från praxis kan anföras.⁶⁵ Som beskrivits ovan finns inte heller något förbud mot obiter dicta även om det i vissa fall har ansetts olämpligt. Det har påpekats i doktrinen att obiter dicta ”sedan gammalt” inte anses bindande,⁶⁶ men någon uttrycklig bestämmelse om i vilken utsträckning HD:s domar är bindande för andra än parterna finns uppenbarligen inte. Med risk för att slåss mot väderkvarnar, då det enligt min kännedom inte finns någon som argumenterat för en formell bundenhet till obiter dicta,⁶⁷ anser jag ändå att frågan är värd att belysa. Många gånger är vägen till en slutsats minst lika intressant som slutsatsen – till exempel för prejudikat.

Inledningsvis står det klart att HD är en domstol som ska avgöra enskilda fall. Detta innebär att HD i sin dömande verksamhet inte själv kan konstruera

64 Jfr även Gregow i Festskrift till Gösta Walin, s. 122–123.

65 Se Gregow i JT 2015/16, s. 43–45 för en uppräknning av några obiter dicta.

66 Gregow i Festskrift till Gösta Walin, s. 121 och i JT 2015/16 s. 40.

67 En de facto bundenhet har dock hävdats; se t.ex. Lindskogs tillägg i NJA 2012 s 535; jfr även Gregow i JT 2015/16, s. 47–48.

fall utan endast får avgöra mål som tas upp till prövning av domstolen.⁶⁸ Visserligen har HD möjlighet att genom 56 kap. 13 § rättegångsbalken avgöra i princip rena rättsfrågor, men en förutsättning är fortfarande att frågan dykt upp inom ramen för ett enskilt fall. I sammanhanget kan det även påpekas att så kallad abstrakt normprövning inte är tillåten enligt svensk rätt.⁶⁹

Om man leker med tanken att HD, eller enskilda justitieråd, trots detta skulle börja konstruera egna rättsfall och avgöra dem, eller offentliggöra sina synpunkter angående vad som är gällande rätt i vissa frågor, kan det inte ses som en del i domstolens dömande verksamhet.⁷⁰ Det skulle eventuellt kunna betraktas som någon form av myndighetspraxis, doktrin (som har föreslagits vara den rätta klassificeringen av tillägg),⁷¹ eller helt ovidkommande uttalanden utan rättskällevärde. Då endast HD:s avgöranden kan betraktas som prejudikat skulle uttalandena i vart fall inte ses som prejudikat. Att justitierådens uttalanden utanför rollen som justitieråd skulle ha större tyngd än övrig doktrin framstår som främmande, även om jurister aktiva i det praktiska rättslivet kan tänkas fästa större vikt vid sittande justitieråds uppfattningar på grund av deras makt att rättsbilda i HD.⁷²

Föranleder det faktum att uttalanden som inte är kopplade till avgörandet av ett enskilt fall råkar förekomma i en dom någon annan bedömning? Eller, annorlunda uttryckt, intar obiter dicta en särställning som gör dem mer bindande än helt ovidkommande uttalanden av HD, eller för den delen enskilda justitieråd? Svaret måste enligt min uppfattning vara nej. HD är, likt övriga domstolar, en myndighet vars verksamhet till stor del är reglerad i lag. Den ovan beskrivna beaktandeskyldigheten är knuten till lagstadgade sanktioner och skadestånd för felaktig rättstillämpning. Det vore minst sagt märkligt om ett sådant ansvar kunde göras gällande med stöd av att en rättstillämpare inte följt ett uttalande om något som HD inte har tydligt stöd i lag att uttala sig om. Skulle man ändå anamma det synsättet måste man också ställa sig frågan om HD:s, eller justitierådens, uttalanden helt utanför rättskipningsuppgifterna måste beaktas. Något som motiverar en särbehandling av uttalanden som saknar koppling till ett enskilt fall, bara för att dessa är nedtecknade i en dom, finns inte enligt mig.

68 Melz i Regeringsrätten 100 år, s. 353; Gregow i Festskrift till Gösta Walin, s. 120.

69 Se t.ex. NJA 2021 s. 147.

70 Jfr Melz i Regeringsrätten 100 år, s. 353 och Gregow i Festskrift till Gösta Walin, s. 120.

71 Ramberg, *Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten*, s. 263–264.

72 Något som är förenligt med en syn på rätten som en prognos om hur domstolar kommer döma i framtiden, Strömholm m.fl., *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, s. 104–105.

Utöver det faktum att HD:s uppgift trots allt är rättsskipning, finns det eventuellt stöd i processuella regelverket i stort för att obiter dicta inte måste beaktas. Av domen är det endast domslutet, det vill säga den utdömda rättsföljden, som kan vara verkställbart.⁷³ Utgångspunkten är vidare att domskäl inte kan överklagas. Vissa undantag finns dock, men lär knappast vara aktuella för obiter dicta eftersom undantagen är kopplade till rättsföljden – typiskt sett att en annan åberopad grund förändrar rättsföljden.⁷⁴ En annan sak är att det med anledning av EU-rätten kan öppnas upp för möjligheten att överklaga domskäl.⁷⁵ Den möjligheten, som i någon mån får anses vara kopplad till den effekt som en dom har utanför det rent rättsliga området, kan för övrigt anses tala för att domstolar bör undvika obiter dicta eftersom det inte på förhand kan avgöras hur parterna berörs.

Visserligen kan kanske domskälen i särskilda fall innehålla delar som anses ha prejudiciell verkan i framtida mål; visst stöd i praxis finns åtminstone, men det är inte en okontroversiell uppfattning.⁷⁶ Detta bör dock endast vara aktuellt för äkta domskäl – det vill säga skäl som har direkt bäring på domslutet.⁷⁷

Även dispositionsprincipen bör framhållas i sammanhanget; parterna har ingen möjlighet att påverka domens innehåll utanför de egentliga domskälen. Det kan helt klart anses som olämpligt – mot bakgrund av rättsskipningsuppgiften – om domstolen, åtminstone i dispositiva tvistemål, sväller ut domen med material som parterna inte kan styra över. Visserligen kan det hävdas att saken inte har någon betydelse om det är fråga om rent rättslig argumentation – jura novit curia – och att obiter dicta i HD inte förekommer för parterna överhuvudtaget.

Obiter dicta tycks alltså inte ha någon egentlig rättslig verkan mot parterna, vilket kan utgöra ett systematiskt skäl mot att prejudikattolkare skulle vara bundna av obiter dicta. En ordning där uttalanden som saknar bindande verkan mot parterna måste beaktas av rättstillämpare i andra fall framstår som märklig. Mot detta kan emellertid anföras att rättsverkningarna

73 Bergholtz, *Ratio et Auctoritas*, s. 150–151; Olivecrona, *Domen i tvistemål*, s. 150–157.

74 Bergholtz, *Ratio et Auctoritas*, s. 151–156.

75 Jfr Högsta domstolens beslut 2021-12-21 i mål nr Ö 2343-18.

76 Lindell, Bengt, *Civilprocessen*, s. 427–433; Bergholtz, *Ratio et Auctoritas*, s. 157–161. Jfr även Olivecrona, *Domen i tvistemål*, s. 157–171, som menar att domskäl inte har prejudicerande verkan enligt rättegångsbalken.

77 Jfr Bergholtz, *Ratio et Auctoritas*, s. 157–161. En annan sak är att bevisrättslig verkan, mot bakgrund av principen om fri bevisföring, kanske kan uppstå av ett obiter dictum. Något övertygande motargument är dock inte detta eftersom principen innebär att vad som helst kan utgöra bevisning.

mellan parterna är något väsensskilt från vilken effekt HD:s avgöranden ska ha i rättstillämpningen, och därför saknar betydelse för den frågan.

Sammantaget anser jag mig ha visat att de processuella reglerna, till vilka jag även räknar regeringsformens regler om rättskipningen, talar för att obiter dicta inte kan anses vara bindande i någon mening. Ett annat sätt att uttrycka detta är att obiter dicta inte kan vara prejudikat – som är bindande i den meningen att de måste beaktas. Som nämnts är påståendet att obiter dicta inte är bindande knappast ett kontroversiellt uttalande, men ändå en viktig fråga att utreda systematiskt. I det följande kapitlet vägs det förhållandet mot HD:s speciella roll som prejudikatinstans.

6. PREJUDIKATINSTANSFUNKTIONEN

6.1 VAD INNEBÄR DET ATT HD ÄR EN PREJUDIKATINSTANS?

Efter 1971 års fullföljdsreform blev HD en utpräglad prejudikatinstans vars främsta uppgift är att meddela avgöranden till ledning för rättstillämpningen.⁷⁸ Detta framgår tydligt av att den huvudsakliga grunden för prövning är om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av HD – så kallad prejudikatdispens enligt 54 kap. 10 § 1 st. 1 p. rättegångsbalken. Vad som är ”av vikt för ledning av rättstillämpningen” har HD förhållandevis fria tyglar att avgöra. Departementschefen uttalade i förarbetena att det ska vara fråga om situationer där prejudikat saknas (men behövs), eller att tidigare praxis hos HD eller hovrätterna behöver förändras, och betonade att det ska finnas ett allmänt intresse av prejudikatbildning på området för att dispens ska meddelas.⁷⁹ Vid bedömningen av om skäl för prejudikatdispens föreligger ska ingen hänsyn tas till parternas önskan om ett annorlunda utfall; detta märks tydligt på att ett överklagat avgörande som är felaktigt inte kan meddelas dispens endast på den grunden.⁸⁰ HD har alltså genom ställningen som prejudikatinstans en delvis annorlunda funktion än underrätterna då domstolen inte längre meddelar avgöranden endast för parterna, utan även för rättstillämpare.⁸¹ Det bör dock uppmärksammas att HD fortfarande är en domstol som behandlar både rättsfrågor och sakfrågor i enskilda fall.⁸²

78 Se t.ex. SOU 1969:41, prop. 1971:45, Welamson & Munck, *Rättegång VI*, s. 129–132 samt Gregow i festskrift till Gösta Walin, s. 105.

79 Prop. 1971:45, s. 86–88.

80 Welamson & Munck, *Rättegång VI*, s. 147–149.

81 Se t.ex. Mellqvist i SvJT 2017, s. 805 och Gregow i festskrift till Gösta Walin, s. 105.

82 Welamson & Munck, *Rättegång VI*, s. 132.

6.2 PREJUDIKATINSTANSFUNKTIONEN SOM ARGUMENT FÖR ATT BEAKTA OBITER DICTA

Vilken betydelse prejudikatinstansfunktionen kan tillmätas i sammanhanget hänger ihop med hur tungt den funktionen väger i jämförelse med rättskipningsuppgiften. Det kan hävdas att rollen som prejudikatinstans främjas om HD är fri i sin domsskrivning och försöker få ut så mycket som möjligt i prejudikatväg ur varje avgörande, speciellt med tanke på att det ofta påstås att det råder en ”prejudikattorka” inom flera civilrättsliga områden.⁸³ Sådana resonemang verkar till viss del ligga till grund för uppfattningen att HD bör inta en mer aktiv roll i sin strävan att vägleda rättstillämpningen.⁸⁴

En sådan argumentation bygger dock på att man anser att åtminstone en de facto bundenhet till obiter dicta (med reservation för tillägg och andra uppenbara obiter dicta) föreligger i den meningen att underrätterna beaktar sådana uttalanden. Resonemangen får vidare anses vara normativa i den meningen att de förutsätter denna de facto bundenhet och om inte förespråkar den, så åtminstone inte ifrågasätter den.⁸⁵ Anser man i stället att obiter dicta inte bör beaktas är sådana uttalanden knappast till ledning för rättstillämpningen. Att HD är en prejudikatinstans kan inte i sig innebära att HD:s obiter dicta, i strid mot synpunkterna som anförts ovan, ska uppfattas som bindande – inte minst eftersom detta i princip upphäver domstolsrollen. Då det inte framgår av lagtexten, förarbetena, eller andra rättskällor, att fullföljdsreformen syftade till att göra HD:s prejudikat bindande, går det knappast att tolka prejudikatinstansfunktionen så att den skapar en skyldighet att beakta HD:s obiter dicta.

Om man övertygas av att det är viktigt att göra skillnad mellan obiter dicta och domskäl samt att en rättstillämpare överhuvudtaget inte måste beakta obiter dicta, kan man alltså ifrågasätta om obiter dicta i HD verkligen är att lämna vägledning till rättstillämpningen. Med tanke på svårigheterna att skilja ut vad som är egentliga domskäl leder användningen av obiter dicta snarare till ett mindre klart rättsläge. Det skapar en prekär situation för rättstillämparen eftersom det inte är helt klart om ett underlåtande att beakta obiter dicta kan vara att betrakta som felaktig rättstillämpning eller tjänstefel; det är en fråga som HD själv avgör. Problematiken försvinner om man helt sonika betraktar även obiter dicta som bindande, men det innebär också att man gör ett metodval. Ytterst är det alltså, som alltid, upp till den enskilde rättstillämparen att avgöra vilket synsätt som är mest övertygande.

⁸³ Se Strömholm, Stig, *En svensk prejudikatlära: behov och möjligheter*, SvJT 1984, s. 924–928 för en visserligen föräldrad undersökning.

⁸⁴ Jfr Lindskogs tillägg i NJA 2012 s. 535.

⁸⁵ Jfr Lindskogs tillägg i NJA 2012 s. 535.

7. SLUTSATS: OBITER DICTA KAN INTE UPPFATTAS SOM BINDANDE

Med artikeln anser jag mig ha visat att obiter dicta, till skillnad från prejudikat, inte måste beaktas. Som behandlats i metodavsnittet är slutsatsen dock grundad på endast en av många möjliga argumentationslinjer. Det finns inget förbud mot obiter dicta, eller direkt lagstöd för att sådana uttalanden inte måste beaktas, men mot bakgrund av en analys av den beaktandeskyldighet som föreligger i förhållande till prejudikat och de processuella reglerna för HD:s verksamhet anser jag att övervägande skäl talar för att obiter dicta inte behöver beaktas. Hur underrätterna faktiskt uppfattar obiter dicta är visserligen intressant, men saknar betydelse för den normativa frågan om hur underrätterna *bör* uppfatta obiter dicta.

Det har antytts att denna slutsats knappast är nyskapande. Jag vill dock hävda att vägen för att nå fram till den är intressant då den avviker från hur frågan om prejudikatbundenhet brukar hanteras; ofta används argument om att en de facto bundenhet föreligger och att frågan därför saknar betydelse (vilket indirekt måste förstås som att devisen *så är det och så ska det vara*, gäller på detta område), eller så avgörs frågan med en friare argumentation som kan framstå som rättspolitisk.

Som anförts ovan anser jag inte att HD:s roll som prejudikatinstans förändrar situationen. Detta eftersom ett påstått gynnande av prejudikatinstansfunktionen genom obiter dicta bygger på synsättet att obiter dicta måste beaktas. Snarare anser jag att funktionen talar för att HD bör avstå från obiter dicta för att undvika osäkerheter om vad som är själva prejudikatet.

8. BETYDELSEN FÖR PREJUDIKATETS GRÄNSER

Mot bakgrund av att jag anser att en viss bundenhet, bestående i ett krav på beaktande, föreligger i förhållande till prejudikat men inte till obiter dicta uppstår ett behov av att särskilja dem från det egentliga prejudikatet. Görs inte detta finns en risk att obiter dicta, även om man uppfattar dem som icke-bindande i teorin, får en faktiskt bindande effekt i det praktiska rättslivet. Ett sådant tillvägagångssätt ligger i linje med uppfattningen att prejudikattolkning handlar om att formulera en generell rättsnorm ur ett avgörande och bedöma om normen är tillämplig på ett specifikt fall.⁸⁶ En sådan ordning rimmar även väl med den strävan att fastställa ratio decidendi, som framför allt hör hemma inom common law-traditionen.⁸⁷ Det har dock påpekats att prejudikattolkning

86 Strömholm m.fl., *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, s. 522–523.

87 Angående uttolkandet av ratio decidendi se t.ex. Marshall, Geoffrey, *What is Binding in a Precedent, Interpreting Precedents: a comparative study*, Ashgate & Dartmouth, Aldershot, England, 1997, s. 504–510.

i praktiken nog ofta går till på så vis att omständigheterna i ett föreliggande fall jämförs med omständigheterna i ett tidigare prejudikatfall; vid likhet utdöms sedan en rättsföljd liknande den i prejudikatfallet.⁸⁸ En sådan metod håller inte om man önskar separera obiter dictum från det egentliga prejudikatet.

Det kan vara lämpligt att återkoppla till det ovan (i kapitel 3) behandlade fallet NJA 2007 s. 962, då det är ett tydligt exempel på när HD försökt rättsbilda genom obiter dictum. Visst genomslag verkar även försöket ha fått; till exempel menar Ramberg att det är bra att HD klargör rättsläget, men hon uppmärksammar att det är ett obiter dictum.⁸⁹ Från praxis kan anföras som exempel att en tingsrätt, i ett fall rörande just överlåtelsebesiktning av fastighet, har motiverat att en reklimationsfrist inte var oskälig endast med hänvisning till HD:s uttalande i NJA 2007 s. 962, utan att reflektera över om det är ett obiter dictum.⁹⁰ Även Allmänna reklamationsnämnden har lagt HD:s obiter dictum till grund för ett beslut, som publicerats bland nämndens ”vägledande avgöranden”, utan att lyfta frågan om uttalandets rättskällevärde.⁹¹ Det kan vara så att varken nämnden eller domstolen ansåg att uttalandet är ett obiter dictum – kanske eftersom frågan låg inom processens ram och HD i stor utsträckning bestämmer i vilken ordning omständigheter ska prövas – men det kan också vara så att nästintill allt som HD anför under rubriken domskäl uppfattas som vägledande och beaktas.

Mot den här bakgrunden kan man kritisera HD:s utveckling mot vidlyftiga domskäl där det ofta förekommer långa utläggningar som närmast är att beskriva som HD:s syn på gällande rätt.⁹² Ur sådana avgöranden kan det vara svårt att urskilja vad som är prejudikat och vad som är obiter dicta. Rättstillämparen bör därför vara medveten om problematiken och göra ett aktivt metodval. Saken kan kompliceras, vilket antytts ovan med anledning av emissionsgarantimålet, om man ställer sig frågan i hur hög utsträckning prejudikattolkare ska granska de processuella förutsättningarna för ett potentiellt prejudikat; ska ett uttalande som enligt HD:s dom är att betrakta som egentliga domskäl betraktas som ett obiter dictum om det på goda grunder kan anses ha varit en konsekvens av ett processuellt fel hos HD? Eller bör en utgångspunkt (som givetvis framstår som rimlig mot bakgrund av den processrättsliga systematiken) vara att en dom som inte upphävs är processuellt riktig ur ett prejudikattolkningsperspektiv? Något utrymme för att utreda

88 Strömholm m.fl., *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, s. 522.

89 Ramberg i JT 2007/08, s. 722.

90 Falu tingsrätts mellandom 2016-03-03 i mål nr T 1524-14. Hovrätten fastställde tingsrättens mellandom i frågan om preskription, Svea hovrätts dom 2016-06-30 i mål nr T 2884-16.

91 Allmänna reklamationsnämndens beslut 2008-06-16 i ärende nr 2008-0654.

92 Jfr Bengtsson i JT 2012/13, s. 743–753.

dessa frågor finns inte här, men jag anser att en större metodmedvetenhet vid hanteringen av HD:s avgöranden är att eftersträva. Det framstår inte som övertygande att endast konstatera att domstolar faktiskt följer obiter dicta och därför se det som att en de facto bundenhet föreligger och även *bör* föreligga. Vi skulle knappast nöja oss med att konstatera att en bestämmelse tillämpas på ett visst sätt och att det därför ska fortgå, utan att beakta vad som framgår av rättskällorna och vedertagna juridiska hanteringsregler – eller: om det är *rätt*.



