

Eric Bylander

Ej bygga upp men riva neder?

Om doktrinen betydelse för HD-beslut att i
prejudikatfall meddela prövningstillstånd i hovrätt

”Rättsutvecklingen [— —] sker [— —]
genom ett samspel mellan domstols-
praxis och rättsvetenskapen.”

NJA 2011 s. 843

1 Inledning

Om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att ett överklagande prövas av högre rätt föreligger ett prejudikatfall. Krävs prövningstillstånd (pt), för att en överordnad domstol skall pröva ett överklagande dit, innebär ett prejudikatfall en tillräcklig förutsättning för att kunna meddela pt i form av så kallad *prejudikatdispens*. Beslut av en mellaninstans att *inte* meddela pt kan överklagas till högsta instans, däremot inte beslut att meddela pt, oavsett på vilken grund det sker.

I detta bidrag till Juridiska fakultetens i Uppsala årsbok *Doktrinen i praxis – de lege 2013* behandlar jag beslut av Högsta domstolen (HD) att, med ändring av hovrätts nekande beslut, i prejudikatfall meddela tillstånd till hovrättens prövning av ett överklagande av en tingsrätts avgörande.¹ Denna behandling inriktar jag på frågan vilken betydelse doktrinen har för HD-beslut av detta slag. Närmare bestämt söker jag svaret på

¹ Ett utkast till artikeln ventilerades i september 2013 vid mikroseminariet i processrätt vid Juridiska fakulteten på Uppsala universitet. Jag framför ett hjärtligt tack till deltagarna samt till doktoranden Isa Cegrell Karlander och forskningsamanuensen Anton Lundmark för deras värdefulla synpunkter.

två frågor, nämligen om förekomsten av doktrinuttalanden kan tillmätas sådan betydelse att det, just på grund av dem, 1) *inte anses vara* respektive 2) *anses vara* av vikt för ledning av rättstillämpningen att ett överklagande prövas av högre rätt. Om det är uteslutet att bevilja pt på någon annan grund än att det föreligger prejudikatfall innebär det ena läget (1) att pt inte meddelas och det andra (2) att pt meddelas.

Denna studie är avsedd att vara ett bidrag till frågan om doktrinen ställning och värde som rättskälla med inriktning på HD:s inställning till doktrinen i konkreta, jämförbara situationer. Dessa situationer är sådana som kommer till uttryck i beslut, i vilka HD har tillämpat pt-grunden för prejudikatfall i 49 kap. 14 § rättegångsbalken (RB), som lyder: "Prövnings-tillstånd [i hovrätt] skall meddelas om [– – –] 3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt". Denna lydelse fick bestämmelsen genom den omfattande RB-reformen *En modernare rättegång (EMR)*, vilken i huvudsak trädde i kraft den 1 november 2008.²

När HD beslutar om pt till sin egen prövning (enligt 54 kap. 10 § RB) motiveras vanligtvis inte detta beslut, annat än vid avslag, då en standardiserad motivering i nära anslutning till lagtexten numera lämnas. Vad som får HD att bevilja eller neka pt till sin egen prövning är därmed svår-studerat annat än indirekt. Exempelvis skulle man, när det gäller temat doktrinen som rättskälla, kunna studera argumentationen i inlagor till HD och se om doktrinhänvisningar resulterat i pt eller ej. Men, eftersom besluten inte motiveras kan man inte med någon säkerhet säga vad som varit avgörande. HD är ju fri att beakta annat än det som åberopats, må vara att man inte, som hovrätterna, är skyldig att göra det.³

Det mest centrala rekviritet för att meddela pt på prejudikatgrund – *vikt för ledning av rättstillämpningen* – är dock likalydande i pt-reglerna för hovrätt respektive HD. Att studera den fylligare motivering som vanligtvis lämnas i HD-beslut om pt i hovrätt torde därmed vara det minst indirekta sättet att få inblick i hur HD resonerar i frågor om att meddela pt till sin egen prövning på prejudikatgrund. Här har vi alltså något av ett *hagioskop*, genom vilket vi kan skåda en del av det annars fördolda som

² Till grund för EMR-reformen låg prop. 2004/05:131 (angående pt se främst s. 168 ff. och 257 ff.). Reformen har nyligen utvärderats, se SOU 2012:93 (angående pt se främst s. 191 ff., 295, 301 f. och 304 f. samt bilagorna 5, 7 och 8); se därtill SOU 2013:17, främst s. 589 ff. samt 889 f., 908 f. och 920 ff.

³ Jfr det som anförs vid noterna 12 och 23 nedan.

rättens överstepräster företar sig.⁴ Det är här inte den primära aspekten men den är värd att uppmärksamma.⁵

Framställningen är indelad enligt följande (med respektive avsnittsnummer i efterföljande parentes): I de tre närmast följande avsnitten behandlar jag mer i allmänhet prövningstillståndsregleringen (2), prejudikatfall (3) och doktrinen (4). Avsnitten 3–4 kan med fördel läsas helt översiktligt eller inte alls av den läsare som redan är väl förtrogen med där behandlade teman. Därefter söker jag mer specifikt svaret på frågorna om förekomsten av doktrinuttalanden kan tillmätas sådan betydelse att det, just på grund av dem, inte anses vara (5) respektive anses vara (6) av vikt för ledning av rättstillämpningen att ett överklagande prövas av högre rätt. Sist kommer en avslutning, där mina slutsatser framförs i överskådlig korthet (7).

2 Prövningstillståndsregleringen

Krav på *prövningstillstånd* (här alltså, som ofta annars, förkortat *pt*) innebär att en högre instans, efter en begränsad inledande prövning, beslutar i frågan om ett överklagande dit därtill skall underkastas en mer omfattande prövning, som leder till ett nytt avgörande i sak. Meddelas inte *pt* (eller meddelas det endast delvis) står det överklagade avgörandet (eller den del därav i vilken *pt* inte meddelas) fast. Beslut *att* meddela *pt* motiveras vanligtvis inte alls. Beslut *att inte* meddela *pt* ges, numera, nästan uteslutande med standardiserade skäl i nära anslutning till lagtextens formuleringar.⁶ Tidigare brukade inte heller sådana beslut motiveras.

Krav på *pt* är ett av flera sätt att finna en balans mellan överklagandemöjlighetens fördelar och nackdelar. Bland andra sätt kan nämnas överklagandeförbud avseende olika kategorier av avgöranden, straff för överklagande mot bättre vetande, avgifter av skiftande slag och krav på

⁴ *Hagioskop* (av grekiska ord för *helig* och *se*) är en konsthistorisk benämning på en muröppning i en medeltida kyrka, genom vilken det var möjligt för den som av olika anledningar inte fick gå in, att skåda in i kyrkorummet. Jfr det Torbjörn Ingvarsson anför i avsnitt 3 av sitt bidrag till denna årsbok, *Att kika in bakom hemlighetens förhänge*.

⁵ Sedan år 2011 bedriver jag som projektledare forskningsprojektet *Prövningstillstånd i hovrätt och kammarrätt – En rättsvetenskaplig studie*, vilket är finansierat av *Ragnar Söderbergs stiftelse*. Denna artikel har tillkommit inom ramen för det projektet. Eventuellt kommer jag att följa upp detta projekt med en studie av HD:s dispensprövning.

⁶ Jfr prop. 2004/05:131 s. 197 f., SOU 2012:93 s. 201 ff. och SOU 2013:17 s. 615 f.

överklagandetillstånd. Alltsedan den så kallade fullföljdslagen (1945:160), som i aktuella delar föregick nu gällande RB, trädde i kraft år 1945 har pt, med få undantag, uppställts som krav för att talan mot avgörande av en hovrätt som överinstans skall prövas av HD.⁷ Såväl undantagen från detta krav som grunderna för att bevilja pt har förändrats över tiden. Krav på pt i andra instans eller mellaninstans – då hovrätterna – infördes först år 1974. Sedan dess har alltfler mål- och ärendetyper kommit att omfattas av krav på pt i ledet mellan första och andra instans.⁸ Även här har undantagen och beviljandegrunderna förändrats över tiden.

Att pt fortfarande ibland kallas *dispens* och att pt i prejudikatfall fortfarande ibland kallas *prejudikatdispens* är ett av många exempel på hur stark vanans och traditionens makt är inom juridikens domäner. Redan år 1915 infördes regler som kan betraktas som föregångare till pt-reglerna i HD. Enligt dessa regler rådde ett förbud att överklaga vissa kategorier av mål från hovrätt till HD. Från detta förbud kunde dock undantag, alltså dispens, beviljas, bland annat så kallad *prejudikatdispens* i fall då ”det för enhetlig lagtolkning eller rättstillämpning [var] av synnerlig vikt”, att talan prövades av HD. Motsvarande formulering inflöt genom fullföljdslagen i pt-regeln för HD i äldre RB och därifrån till 54 kap. 10 § 1 st. 1 mom. i nya RB.⁹

3 Prejudikatfall

Lokutionen ”om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen” infördes i 54 kap. 10 § 1 st. 1 mom. RB den 1 juli 1971, i samband med att HD gjordes till en mer renodlad prejudikatinstans än tidigare.¹⁰ Den följde med som del av pt-grunden när krav på pt i ledet mellan första och andra

⁷ En redogörelse för HD-fullföljdsrättens historia finns i Domstolskommitténs bet. SOU 1969:41, s. 19 ff. Strängt taget innebar regleringen åren 1945–1948 i stora delar ett generellt förbud mot att överklaga avgöranden av hovrätt som överinstans, så *krav på dispens eller fullföljdstillstånd* är mer adekvat än *krav på pt* för att beskriva det då tillämpade systemet.

⁸ Se vidare min artikel ”Prövningstillstånd hovrätt–kammarrätt ToR – Bidrag till en inomnationell diffusionsstudie över den svenska regleringen av prövningstillstånd i mellaninstans”, s. 17 ff. i *Festskrift till Lotta Vahlne Westerhäll*, Santérus Förlag 2011.

⁹ Som en rättshistorisk artefakt återfinns lokutionen ”om det är av vikt [– –] för en enhetlig lagtolkning eller rättstillämpning” ännu i 5 § lagen (1998:189) om förhandsbesked i skattefrågor, som en av de alternativa förutsättningarna för att lämna sådant besked.

¹⁰ Se till detta stycke mitt i not 8 ovan a.a.

instans, närmare bestämt mellan tingsrätt och hovrätt, infördes för första gången i svensk rätt genom tillkomsten av lagen (1974:8) om rättegången i tvistemål om mindre värden, den så kallade *småmålslagen*. Lokutionen vidarefördes oförändrad när småmålslagen upphävdes och inarbetades i RB år 1988 samt när reglerna om pt-grunderna överfördes från 13 § till 14 § i 49 kap. RB år 1994.

I aktuell del förändrades formuleringen av tillståndsgrunden för prejudikatfall inte heller genom EMR. Den praktiska betydelsen av denna grund har dock ökat kraftigt, till följd av det generella krav på pt i bl.a. tvistemål och domstolsärenden, som infördes genom EMR. Dessutom gäller nu för samtliga tillståndsgrunder (dvs. även de för ändringsfall, granskningsfall och extraordinära fall) uttryckligen att pt *skall* (dvs. måste) meddelas om någon av dem föreligger. Tidigare formulering ”pt får meddelas endast om” någon tillståndsgrund föreligger ansågs inte vara lämplig, eftersom den – som det får förstås, felaktigt – kunde ge ”intryck av att regleringen är fakultativ, dvs. att hovrätten får, men inte behöver, meddela tillstånd när en tillståndsgrund är uppfylld”.¹¹ Den formuleringen gällde och gäller alltså regleringen av pt till HD enligt 54 kap. 10 § RB. Redan därmed har det tydliggjorts att det skall vara lättare att få pt i hovrätt än hos HD. Detta följer också av att pt-prövningen i hovrätt alltså inte, som hos HD (enligt 54 kap. 13 § RB), får begränsas till sådana omständigheter som klaganden har åberopat.¹²

Det sagda har bekräftats i HD:s EMR-praxis. I det ledande fallet om prejudikatfall i hovrätt i denna praxis, NJA 2011 s. 843, uttalas bland annat (i p. 9): ”Kraven för prejudikatdispens är lägre i hovrätt än i HD.” Med det i minne är de krav som ställs för att HD på prejudikatgrund skall bevilja tillstånd till sin prövning relevanta även för hovrätternas pt-prövning. Som kommer att framgå ger det som i samband med 1971 års HD-reform uttalades om prejudikatdispens i HD återklang i flera av de nedan studerade fallen om pt i hovrätt. Det är därför värt ett fylligt citat:¹³

Prejudikatdispens bör liksom nu kunna meddelas först och främst då tidigare prejudikat saknas i en viss fråga. Särskilt betydelsefullt är detta, om frågan kan antas ofta komma under domstols prövning. Det kan komma

¹¹ Prop. 2004/05:131 s. 184 och s. 260.

¹² Se a. prop. s. 189 och därtill främst NJA 2011 s. 843, där HD i p. 6 bl.a. uttalar: ”I ett mål där det krävs prövningstillstånd har hovrätten alltså att – oberoende av parternas argumentation – överväga om det finns någon grund för prövningstillstånd.”

¹³ Prop. 1971:45 s. 88

att visa sig att en rad avgöranden av HD behövs för att täcka in ett område som inte tillräckligt ingående regleras genom lagstiftning. Ett annat fall då prejudikatdispens bör kunna meddelas är då hovrättens utslag avviker från lagtolkning eller rättstillämpning, som kommit till uttryck i avgörande av HD. Motsvarande bör gälla om ett sådant utslag avviker från en allmän rättsgrundsats, som tidigare antagits av HD. I sådana fall bör emellertid prejudikatdispens få förekomma endast om det är motiverat av ett allmänt intresse att leda rättsutvecklingen och dispens bör sålunda få medges endast om det behövs för att förstärka tidigare praxis eller eljest klarlägga rättsläget. [– – –] Prejudikatdispens bör vidare kunna meddelas i fall där hovrätts avgörande visserligen är i överensstämmelse med äldre HD-avgöranden, men där HD finner anledning att ändra sin tidigare praxis.

Det material jag studerar närmare nedan består av 80 avgöranden, i vilka HD, med ändring av hovrätts nekande beslut, har meddelat tillstånd till hovrätts prövning av ett överklagande av en tingsrätts avgörande. Avgörandena, vilka är träffade under tiden april 2009–maj 2013, har inneburit tillämpning av pt-grunden för prejudikatfall i 49 kap. 14 § RB i dess lydelse efter EMR-reformen.¹⁴ Med början i slutet av mars 2009 har HD under snart fem års tid totalt meddelat över 150 avgöranden angående tillämpningen av reglerna om pt i hovrätt. Det utgör en insats till ledning av rättstillämpningen som torde sakna motstycke.

Den stora mängden HD-fall på så kort tid är ägnad att förvåna.¹⁵ För att HD skall meddela pt till sin egen prövning av ett hovrättsbeslut att neka tillstånd till prövning av ett tingsrättsavgörande krävs det ju att någon pt-grund enligt 54 kap. 10 § RB är uppfylld.¹⁶ Den främsta skillnaden jämfört med hovrätt består i att så kallade ändringsfall inte i sig kan utgöra grund för HD att pröva ett överklagande (jfr 49 kap. 14 § 1 mom. RB). Den centrala pt-grunden är i stället så kallad prejudikatdispens. Att kraven för pt på sådan grund är högre ställda i HD än i hovrätt har berörts ovan.

Vad kan då motivera att HD har tagit upp fall efter fall angående uttolkningen av 49 kap. 14 § RB 3 mom. RB? Den frågan ställer sig nog många och följdriktigt kan man se en viss osäkerhet i det parterna anför

¹⁴ En mer generellt inriktad studie av de ditills meddelade av dessa avgöranden finner man i min artikel "Fyra år med EMR: Prejudikat-pt i hovrätt", elektroniskt publicerad på <http://www.infotorgjuridik.se> den 1 november 2012.

¹⁵ Det i detta avsnitt följande bygger på mitt i föregående not a.a., avsnitt 3.

¹⁶ År 2010 beviljade HD totalt pt till sin prövning i 133 mål, år 2011 i 128 och år 2012 i 152, se *Årsredovisning 2012 Sveriges Domstolar*, s. 34. Närmare en tredjedel av dessa mål har angått pt i hovrätt.

angående prejudikatintresset i överklaganden till HD av beslut om att neka pt. Det är fullt förståeligt, inte minst mot bakgrund av följande uttalanden i rättslitteraturen. I kommentaren till 49 kap. 14 § RB av Fitger m.fl. uttalas:¹⁷

Formellt sett förutsätter [pt i HD angående ett nekat pt i hovrätt] att det finns ett prejudikatintresse som hänför sig till själva tillståndsprövningen i hovrätten. Praktiskt sett kan HD emellertid, för att systemet ska fungera, sägas ge ändringsdispens [avseende sin prövning] i de fall där den finner att hovrätten bort meddela en prejudikatdispens (jfr kommentaren till 54 kap. 10 §).

Uttalandet bygger på Lars Welamsons mer ingående behandling av denna fråga.¹⁸ Johan Munck har därtill tillagt:¹⁹

Numera torde det föreligga en fast praxis inom HD att prövningstillstånd i HD och därefter i hovrätten meddelas när det finns prejudikatskäl i själva saken, och någon väsentlig invändning mot en sådan praxis synes knappast kunna riktas.

Enligt min mening behöver man här inte hänfälla till principlösa, rent praktiska motiveringar. ”Står hovrättens beslut fast har högre rätt undan- dragits möjlighet att belysa denna fråga” är en motivering till att HD skall meddela pt till sin prövning, som gott och väl ryms inom ramen för 54 kap. 10 § 1 st. 1 mom. RB. Det är redan åtskilliga NJA-fall i andra frågor än tillämpningen av pt-reglerna som har kommit till på så sätt och som är av vikt för ledning av rättstillämpningen.²⁰

¹⁷ Fitger m.fl., *Rättegångsbalken* (april 2013, www.nj.se/zeteto), kommentaren till 49 kap. 14 §.

¹⁸ Jfr hänvisningar i a.a., kommentaren till 54 kap. 10 §, till Lars Welamson, *Rättegång VI*, 3. uppl., Fritzes, Stockholm, 1994, bl.a. s. 170, som nu motsvaras av i nästa not a.st.

¹⁹ Se Lars Welamson & Johan Munck, *Processen i hovrätt och Högsta domstolen – Rättegång VI*, 4. uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2011, s. 152; jfr föregående not.

²⁰ Bland ett flertal exempel kan nämnas NJA 2012 s. 391, som behandlas sist i avsnitt 5 nedan, NJA 2012 s. 1095, som följde på det opublicerade HD-beslutet den 17 september 2010 i mål nr Ö 1245-10, NJA 2013 s. 100, som följde på NJA 2010 N 46 och NJA 2013 s. 265 som följde på det opublicerade HD-beslutet den 26 januari 2011 i mål nr Ö 1220-10. Jfr förslaget att HD skall ha möjlighet att direkt pröva en prejudikatfråga i samband med överklagande av beslut att inte meddela pt i hovrätt, som lagts fram i SOU 2012:93 s. 227 ff. och 301 f.

4 Doktrinen

Med *doktrinen* avser jag här den rättskälla som i de studerade HD-fallen betecknas just så, *den juridiska litteraturen*, *rättslitteraturen* eller *rättsvetenskapen* (inklusive rena hänvisningar till sådant). Jämför bland flera andra uttryck för detsamma franskans *doctrine*, engelskans *academic opinion*/*writing* eller *legal doctrine*, tyskans *Schrifttum*, danskans *retslære*, *teori* eller *litteratur*, nederländskans *rechtsleer* och finskans *oikeuskirjallisuus*.²¹ Det sistnämnda betyder ordagrant *rättslitteratur*. Att doktrinen kan förstås på många andra, delvis mer raffinerade sätt, framgår tydligt av andra bidrag i denna årsbok. För mina syften i detta sammanhang är det dock inte nödvändigt att exempelvis göra skillnad mellan doktrin och annan juridisk litteratur, så länge HD inte gör det i sin här studerade praxis.

Denna studie är, som sagt, avsedd att vara ett konkret HD-inriktat bidrag till frågan om doktrinen ställning och värde som rättskälla. Att doktrinen i och för sig betraktas som något värt att beteckna som just en rättskälla står dock klart redan vid ett ytligt betraktande. Detta förtjänar att påpekas mot bakgrund av den segdragna diskussionen om huruvida doktrinen är en rättskälla.²² Som framgår av det inledande citatet ur NJA 2011 s. 843 och i det följande kan det inte råda någon tvekan om att HD tillmäter rättsvetenskapen betydelse som en i sig beaktansvärd källa med ett innehåll, som inte fullt ut kan hämtas på annat håll. Närmare bestämt framhåller HD i 2011 års fall (i p. 10) att rättsutvecklingen på förmögenhetsrättens område ”i särskilt hög grad” sker genom ett samspel mellan domstolspraxis och rättsvetenskapen. Dock förekommer ett sådant samspel alltså även på andra HD-hanterade rättsområden.

Jämförelsevis kan noteras att det är mycket ovanligt att Högsta förvaltningsdomstolen vid överväganden angående pt i kammarrätt hänvisar till doktrinen. Under namn av *litteraturen* respektive *den juridiska litteraturen* synes det endast ha förekommit i RÅ 1998 not 206 och RÅ 2000 not 162. Dessutom förekommer en litteraturhänvisning i anslutning till konstaterandet av ett oklart rättsläge i RÅ 2003 not 139.

²¹ Allt enligt förekommande översättningar av domar från EU-domstolen, här i målen C-14/07, p. 35, C-456/11, p. 20, och C-129/12, p. 29, vilka är tre av många exempel på fall där ordet *doktrin* har använts i den svenska språkversionen.

²² Jfr, liksom till det närmast följande, bl.a. Marie Sandström, ”Rätt eller vetenskap? Till frågan om rättsvetenskapens nytta”, i *SvJT* 2002, s. 282 ff., s. 288 ff.

5 Doktrинens betydelse för att inte meddela prejudikat-pt

Mot ovanstående bakgrund söker jag i detta avsnitt svaret på frågan om förekomsten av doktrinuttalanden kan tillmätas sådan betydelse att det, just på grund av dem, *inte* anses vara av vikt för ledning av rättstillämpningen att ett överklagande prövas av högre rätt. Frågan kan också formuleras: Räcker ett klagande doktrinuttalande för att onödiggöra prövning av högre rätt?

Ett säkrare svar på frågan skulle möjligen förutsätta en omfattande studie av HD-beslut att *inte* meddela pt och föregående inlagor (helst avseende fall där tingsrätten endast stött sitt rättsliga resonemang på doktrinuttalanden), men det skulle knappast vara mödan värt.²³ Att svaret på frågan skulle kunna vara *ja* indikeras dock av en skrivning som den följande i det först meddelade av de här studerade fallen, NJA 2009 N 14: "I målet aktualiseras frågor som inte har berörts i lagförarbeten och doktrin." Efter att ha specificerat en av dessa frågor (hur en bestämmelse i utskökningsbalken skall tillämpas i ett par olika avseenden) konstaterar HD, förvisso utan att tydligt utsäga att det är på grund av det anförda, att det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att dessa frågor prövas av högre rätt.

En motsatt formulering skulle vara att de aktualiserade frågorna "har berörts i lagförarbeten och doktrin". Beroende på vad en sådan beröring innefattar kan den lämna viss ledning. Handlar den inte om mycket mer än att uppmärksamma frågans förekomst skulle den endast i få fall tillgodose behovet av ledning av rättstillämpningen. Man kan här jämföra med fall där en fråga förvisso har behandlats i någon eller några rättskällor men inte i tillräcklig grad för att fylla behovet av ledning. Exempelvis uttalas i NJA 2011 N 14, p. 2: "I förarbeten, praxis och juridisk litteratur är de frågor som kan uppstå i dödsbon med endast en delägare sparsamt behandlade." Man kan här därtill notera rättskällornas annorlunda ordningsföljd i HD:s liknande beslut den 30 november 2009 i mål nr Ö 3059-09:²⁴ "Frågan [— —] är föga belyst i praxis, den juridiska litteraturen eller i förarbetena [— —]."

²³ Jfr det som anføres vid not 3 ovan.

²⁴ Beslutet är inte publicerat i NJA men ett utdrag är publicerat i SOU 2012:93, Bilaga 8, s. 227 f.

Är frågan tvärtom ordentligt belyst men belysningen faller från alltför många håll kan det också påkalla vägledande domstolsprövning. I NJA 2012 s. 30 noterar HD att den aktuella frågan (om när ett mål som inledningsvis har handlagts enligt ordinära regler kan överföras till handläggning i förenklad form) ”inte varit föremål för HD:s närmare bedömning” men däremot har ”diskuterats i doktrinen”. HD gjorde därvid en ”se bl.a.”-hänvisning till fyra olika processuella verk.²⁵

Det synes inte finnas något tydligt exempel på att doktrinen är den enda rättskälla som erbjuder någon ledning. Att döma av hur HD uttrycker sig måste den ledning av rättstillämpningen som redan finns vara specifikt och tydligt inriktad på den aktualiserade frågan. Annars är det av vikt för ledning av rättstillämpningen att ett överklagande prövas av högre rätt, vilket inbegriper hovrätten eller både hovrätten och HD. Det föreligger alltså ett prejudikatfall och pt skall beviljas. Med andra ord tillämpar HD pt-grunden för prejudikatfall i hovrätt generöst.

I sitt beslut den 17 september 2010 i mål nr Ö 1771-10 konstaterar HD:²⁶ ”Hur frågan ska bedömas rättsligt framstår inte som alldeles klart. Det är därför av vikt för ledningen av rättstillämpningen att målet prövas *av hovrätten*.” Att uppfylla ett så högt ställt krav på rättslägets klarhet på alla rättsområden framstår förvisso som en omöjlig uppgift, så det lär behövas en prioriteringsprincip. Det finns grund för att anta att HD ställer det krav på rättslägets klarhet, som hovrätterna har att förhålla sig till, något högre på områden som av olika skäl är särskilt betydelsefulla, svår-tillämpade eller ofta aktualiseras i det praktiska rättslivet.²⁷ Här kan man notera att HD, med avsteg från lagtextens formulering ”prövas av högre rätt” skrev ”prövas av hovrätten”.²⁸ Den hovrättsdom som blev resultatet av att HD meddelade tillstånd till hovrättens prövning överklagades till HD men HD meddelade inte pt.²⁹

Det får när det gäller NJA 2009 N 14, som i de flesta andra av de studerade fallen, uppfattas som underförstått att förekommande lagtext i

²⁵ Fitgers samt Nordhs och Lindbloms respektive kommentar till RB, Bomans *Deldom*, 1975, och Lindell, *Civilprocessen*, 2003.

²⁶ Publicering som enligt not 24 ovan, s. 225; med min kursivering.

²⁷ Se mitt i not 14 ovan a.a. i anslutning till skäl 12 i NJA 2011 s. 843; se även det som anförs i prop. 1971:45 s. 88, vilket citeras vid not 13 ovan.

²⁸ Motsvarande skrivning finner man i ytterligare några få fall, bl.a. NJA 2012 s. 476, p. 5.

²⁹ Hovrätten över Skåne och Blekinges dom den 7 oktober 2011 i mål nr T 2466-10, genom vilken tingsrättens dom fastställdes.

sig inte ger tillräcklig ledning.³⁰ NJA 2009 N 65 (om bland annat direktkravs rätt, vilket vi återkommer till under avsnitt 6 nedan) är det enda fall där denna förutsättning tydliggörs, nämligen genom följande passage: ”Såväl direkt tillämplig lagstiftning som ledning i rättspraxis saknas”. Möjligen kan skrivningen i NJA 2011 N 13, där HD konstaterar att en viss fråga (om preskriptionstid) ”inte [har] behandlats av lagstiftaren”, anses innefatta både lagstiftning och lagförarbeten. I likhet med många andra fall nämns i det fallet ingenting om doktrinen. Däremot konstateras att ”[v]ägledande praxis från HD saknas”.

Jämfört med omnämnande av den ledning lagtexten kan ge är det något vanligare att den ledning som lagens förarbeten kan ge nämns i besluten, exempelvis i HD:s beslut den 7 juni 2011 i mål nr Ö 2179-11 (om underhållsbidrag),³¹ där HD uttalar: ”Frågan har inte getts något tydligt svar i lagmotiven (se prop. 1995/96:208 s. 70 och 97). Den har inte heller behandlats i rättspraxis eller i den juridiska litteraturen.” I många fall är dock även den bristande ledning som lagens förarbeten kan erbjuda underförstådd, så att bristen på annan ledning genast är den som nämns, exempelvis HD:s (opublicerade) beslut den 26 oktober 2012 i mål nr Ö 2189-12, där HD uttalar: ”Frågan [– – –] saknar i delar vägledande avgörande och bör därför prövas av högre rätt.” Bland andra, liknande formuleringar kan nämnas avsaknad av ”tillräcklig praxis”, ”klargörande rättspraxis” och ”vägledande praxis”.³²

I NJA 2010 N 46 (om förordnande av bodelningsförrättare i en viss situation) uttalade HD: ”Det saknas vägledande praxis från HD i frågan [– – –]. Det är därför av vikt för ledning av rättstillämpningen att målet prövas av högre rätt.” Även om man kan få det intrycket av detta och flera andra HD-avgöranden kan det inte gärna vara så att avsaknad av (vägledande) praxis är liktydig med ett behov av sådan praxis. Lagtexten ensam eller i kombination med förarbetena borde kunna ge tillräcklig vägledning. Åtminstone i samspel med andra rättskällor – exempelvis genom att ge stöd åt en tämligen okomplicerad tolkning av andra rättskällor, som är

³⁰ Jfr å ena sidan formuleringen ”direkt lagtillämpning av mycket enkel beskaffenhet” som HD använder i NJA 2010 s. 448, p. 8, angående klagointresse. Jfr å andra sidan ”ett område som inte tillräckligt ingående regleras genom lagstiftning” i a.prop., a. st.

³¹ Publicering som enligt not 24 ovan, s. 224. Motsvarande formulering om svar i lagmotiven finner man i NJA 2011 s. 723, p. 7.

³² Se mitt i not 14 ovan a.a. i anslutning till skäl 12 i NJA 2011 s. 843.

svår att ifrågasätta, bör doktrinen kunna bidra till tillräcklig ledning av rättstillämpningen.³³

Om doktrinen *självständig* kan erbjuda tillräcklig ledning av rättstillämpningen är mer oklart. I en mer komplicerad rättslig situation lär den inte kunna göra det. Jämför exempelvis NJA 2011 s. 951 (om bevisbördan för betryggande säkerhet vid försättande i konkurs), där HD kunde göra omfattande hänvisningar till doktrinen men meddelade pt till prövning i hovrätt. I sitt beslut den 8 augusti 2011 i mål nr Ö 4128-10 (om försäljning av en fastighet på exekutiv auktion) jfr-hänvisade HD till publicerade hovrättsfall, en proposition och specificerad doktrin.³⁴ Domstolen konstaterade dock att "[d]et saknas vägledande praxis från HD i denna fråga [– – –]. Av den anledningen får det anses vara av vikt för ledning av rättstillämpningen att målet prövas av högre rätt." Här kan andra rättskällor ha påvisat behovet av prejudikat.

En närmare bedömning av vilken ledning doktrinen självständig anses erbjuda kan kräva materiellrättsliga överväganden, som inte är helt ytliga. Ett exempel: I NJA 2010 s. 384 (om utmätning), p. 7, identifierade HD flera "frågor av intresse för prejudikatsbildningen", ett intresse som synes ha varit betingat av avsaknad av "vägledande uttalanden" angående lagen (1944:181) om redovisningsmedel. Domstolen se- och jfr-hänvisade därvid till lagens förarbeten (i NJA II-form), se-hänvisade till NJA-referatfall och se-hänvisade angående frågan "vad som avses med begreppet [avskiljande] utan dröjsmål" till Torgny Håstad, *Sakrätt avseende lös egendom*, 6 uppl. 2000, s. 170. När målet återkom till hovrätten, sedan HD hade beviljat tillstånd till prövning där, hänförde sig hovrätten i domskälen till samma ställe hos Håstad och dessutom till vad Walin hade anfört i frågan, enligt följande:³⁵

Håstad har konstaterat att det inte är känt hur många fler dagar som kan tolereras, men i fråga om näringsidkare torde det krävas att de strax läser inkommande betalningsaviser och inom några dagar avskiljer. Walin har angett att hänsyn får tas till vad som är praktiskt och rimligt. Kortare uppskov som beror på sjukdom eller liknande bör man kunna bortse från. På samma sätt är det om sysslomannen har varit bortrest, saknat medhjälpare

³³ Jfr not 30 ovan och NJA 2010 s. 384, som tillsammans med det därav följande NJA 2012 s. 391, behandlas sist i detta avsnitt.

³⁴ Publicering som enligt not 24 ovan, s. 223, dock med felaktig datering.

³⁵ Citerat efter NJA 2012 s. 391.

och skilt av medlen så snart sysslomannen åter tar hand om kassan. (Se Håstad, a.a., s. 170 och Walin, [Gösta, Separationsrätt, 1975], s. 119.)

Hovrättens beslut överklagades till HD, som tog upp målet till prövning. HD-beslutet är refererat som NJA 2012 s. 391 med, såvitt här är av intresse, rubriken ”Dröjsmål med avskiljande enligt lagen (1944:181) om redovisningsmedel föreligger normalt om avskiljandet sker senare än efter ett par dagar. Detta har ansetts gälla även när det varit fråga om en privatperson som vid ett enstaka tillfälle för familjemedlemmars räkning innehaft medel med redovisningsskyldighet.” Konstaterandet i första meningen följde redan av tidigare HD-avgöranden, som HD också hänförde sig till.³⁶ Något självständigt svar på den frågan behövdes därmed inte. De tidigare HD-avgörandena synes inte heller ha ifrågasatts i doktrinen (jfr avsnitt 6 nedan). Tillämpligheten av bedömningarna i andra fall än angående näringsidkare synes inte alls ha berörts i doktrinen, som därmed inte ens hade potential att onödiggöra prejudikatdispens. I NJA 2012 s. 391, p. 4, uttalade HD för övrigt: ”[a]nledningen till att någon exakt tidsfrist för avskiljande inte infördes i lagen om redovisningsmedel var enligt förarbetena att regeln skulle medge en skälighetsbedömning efter olika förhållanden.” Det har bäddat för behov av annan ledning för rättstillämpningen än den ledning lagtext och förarbeten kan ge.

6 Doktrinen betydelse för att meddela prejudikat-pt

Här söker jag svaret på frågan om förekomsten av doktrinuttalanden kan tillmätas sådan betydelse att det, just på grund av dem, anses vara av vikt för ledning av rättstillämpningen att ett överklagande prövas av högre rätt. Av det följande framgår tydligt att svaret på frågan är *ja*.

Sin största betydelse synes doktrinen i här aktuella delar kunna ha i sådana fall då det förvisso finns vägledande praxis men det anses kunna finnas anledning att ändå slå in på en annan väg än den anvisade.³⁷ Exempelvis uttalade HD i sitt beslut den 3 maj 2010 i mål nr Ö 5932-09 (med min kursivering).³⁸

³⁶ I beslutets p. 4: ”jfr NJA 1985 s. 836, NJA 1987 s. 18 och NJA 1987 s. 517”.

³⁷ Jfr det som anförs i prop. 1971:45 s. 88, närmare bestämt det sist citerade vid not 13 ovan.

³⁸ Publicering som enligt not 24 ovan, s. 227.

Högsta domstolen har i rättsfallet NJA 1995 s. 478 funnit att lagen (1904:48 s. 1) om samäganderätt i sina väsentliga delar är analogt tillämplig på bostadsrätt (jfr NJA 2006 s. 678). Majoriteten i 1995 års avgörande ansåg emellertid, huvudsakligen av familjerättsliga skäl, att en motsvarande tillämpning av den s.k. indragningsregeln i 8 kap. 8 § utsökningsbalken inte borde äga rum. Högsta domstolens ställningstagande har, som också Skatteverket anfört i sitt överklagande till hovrätten, *ifrågasatts i den juridiska litteraturen* där man mot bakgrund av värdeutvecklingen på bostadsmarknaden och med hänvisning till pleniavgörandet NJA 2007 s. 455 även vid bostadsrätt har efterlyst ett större hänsynstagande till indragningsregelns processekonomiska funktion. Mot denna bakgrund får det anses vara av vikt för ledning av rättstillämpningen att Skatteverkets överklagande av tingsrättens beslut prövas av högre rätt.

Det kan noteras som en brist att HD här inte specificerar hänvisningen till den juridiska litteraturen på annat sätt än genom hänvisningen till överklagandet. För att få veta vem ”man” är som har gjort efterlysningen ifråga räcker det alltså inte att läsa beslutet. Beklagligtvis finns det flera exempel på bristfälligt motiverade beslut bland HD:s avgöranden om pt i hovrätt.³⁹

Det nyss berörda fallet var 15 år gammalt, vilket inte är någon ålder för ett prejudikat. Som försvagning av dess vägledande verkan lär alltså åldern inte ha spelat in, däremot att avgörandet träffades under dissens.⁴⁰ Dock finns ett bäst-före-datum på HD-avgöranden, att döma av det opublicerade HD-beslutet den 8 april 2013 i mål nr Ö 4993-12, vilket på HDs hemsida presenteras enligt följande: ”Skadestånd för olovlig nedtagning av annans växtlighet har behandlats i ett flertal avgöranden från underrätterna där olika beräkningsmetoder använts. Det saknas nyare avgöranden från Högsta domstolen (jfr NJA 1898 s. 190 och NJA 1919 s. 1).” Här har underrätterna antingen missat de äldre avgörandenas existens eller inte upplevt sig som så bundna av dessa att de ens omnämnts; de uppmärksammas i överklagandet till HD. Utrymmet för doktrinen att påverka bör mot denna bakgrund kunna vara större ju äldre befintliga avgöranden på ett område är.

I NJA 2009 N 65, som har behandlats (under avsnitt 5 ovan) angående avsaknad av ”[s]åväl direkt tillämplig lagstiftning som ledning i rättspraxis” uttalade HD med exemplifierande jfr-hänvisning till tre olika

³⁹ Se vidare min artikel ”Tre år med EMR: HD om pt i hovrätt”, elektroniskt publicerad på <http://www.infotorgjuridik.se> den 1 november 2011.

⁴⁰ Jfr förvisso bl.a. Kerstin Calissendorff, Göran Lambertz och Stefan Lindskog, ”Tillägg till Högsta domstolens avgöranden”, i *Svensk Juristtidning* 2012 s. 313 ff., främst s. 317.

författare (en svensk, en dansk och en norsk): "Olika uppfattningar om vad som på ett mer generellt plan är en lämplig och försvarlig ordning i tackningsförhållanden har kommit till uttryck i rättslitteraturen" och konstaterade direkt därefter: "Frågan är därför av prejudikatintresse."

I några fall är det genom doktrinen – till vilken jag hänför även rättsutlåtanden – som det kan konstateras att rättsläget är oklart. Exempelvis uttalas i det redan flera gånger berörda NJA 2011 s. 843 (p. 12): "Rättsläget på området är inte i alla delar klart. [– – –] Att det förhåller sig så framgår inte minst av de rättsutlåtanden som har åberopats i målet." Åtminstone rättsutlåtanden skrivna av rättsvetare som vinnlägger sig om en allsidig belysning kan närmast betraktas som skraddarsydd doktrin, men det förutsätter att de mått som används vid sömnaden är målets, inte ensidigt den ena partens.⁴¹

En något dunkel hänvisning till doktrinen i samband med konstaterande av avsaknad av vägledande praxis finner man i det opublicerade HD-beslutet den 30 augusti 2012 i mål nr Ö 3406-12, i vilket HD, sammansatt av tre justitieråd med Stefan Lindskog som ordförande bl.a. uttalade:

Det saknas vägledande praxis beträffande frågan om den som är försatt i konkurs har rätt att bryta preskriptionen av en fordring som ingår i konkursen till förmån för konkursboet (jfr Stefan Lindskog, Preskription, 3 uppl. 2011, s. 312 f).

När man ser närmare på det ställe i sitsordförandens bok, till vilket HD jfr-hänvisar är det (även för civilrättsspecialister) otydligt vad HD vill ha sagt med hänvisningen.⁴² På de två sidor, till vilka hänvisningen görs, berörs inte den specificerade situationen. Möjligen är just det vitsen: Inte ens där frågan skulle kunna förväntas ha berörts i doktrinen omnämns den – än mindre finns det någon vägledande praxis, som, om den hade funnits, skulle ha anförts just där. Om inte annat kan hänvisningen betraktas som ett medskick till hovrätten: *Lämplig tankeföda, i form av närliggande argumentation, finner ni här*. Genom att inte vara tydligare låter HD bli att på förhand uttala sig om hur HD ser på bedömningen av den rättsfråga domstolen i det aktuella läget endast skall ta ställning till

⁴¹ Motsatsen är *den vinningssökande vindflöjel* som Håkan Andersson i sitt bidrag i denna årsbok, s. 29 f., betecknar *förskartyp* (25).

⁴² Jag tackar ett antal civilrättsinriktade fakultetskolleger – ingen nämnd, ingen glömd – för givande synpunkter på detta.

avseende behovet av ledning av rättstillämpningen. Antagligen kliade det i fingrarna på åtminstone Lindskog själv att få ge sig i kast med bedömningen i sak.⁴³

7 Avslutning

Att döma av det studerade materialet har doktrinen följande betydelse för HD-beslut att, med ändring av hovrätts nekande beslut, i prejudikatfall meddela tillstånd till hovrättens prövning av ett överklagande av en tingsrätts avgörande. Doktrinuttalanden tillmäts inte sådan betydelse att det, just på grund av dem, *inte anses vara* av vikt för ledning av rättstillämpningen att ett överklagande prövas av högre rätt. Sådana uttalanden kan alltså inte fullt ut kompensera för avsaknad av vägledande avgöranden från högre rätt. Däremot tillmäts doktrinuttalanden sådan betydelse att det, just på grund av dem, *kan anses vara* av vikt för ledning av rättstillämpningen att ett överklagande prövas av högre rätt. Sådana uttalanden kan rentav neutralisera verkan av vägledande avgöranden från högre rätt. Ej bygga upp men riva neder,⁴⁴ är således vad doktrinen förmår med avseende på ledning av rättstillämpningen.

⁴³ Jfr det Torbjörn Ingvarsson anför om HD-ledamöters rättsvetenskapliga ”repliker” i sin artikel i denna årsbok, s. 106.

⁴⁴ Jfr den strof i Johan Olof Wallins psalm som lyder: ”Bygga upp, ej riva neder” (vers 4 i nr 275 i 1819 års, den s.k. wallinska, och vers 2 i nr 519 i 1986 års psalmbok).