# Perspektiv på prejudikat: En empirisk undersökning av tingsrätternas bruk av Högsta domstolens rättspraxis i tvistemål

Av professor MATTIAS DERLÉN och professor JOHAN LINDHOLM[1]

*Betydelsen av HD:s avgöranden som prejudikat har rönt allt större uppmärksamhet, främst med fokus på hur HD själv ser på sin rättspraxis. Denna artikel kompletterar diskussionen genom att undersöka tingsrätternas bruk av prejudikat. Artikeln visar att endast en relativt liten andel av HD:s avgöranden används aktivt i tingsrätterna och att överlappningen mellan de avgöranden som används av tingsrätterna och de som används av HD själv är ytterst begränsad. En möjlig förklaring är att HD i hög grad prövar frågor som mycket sällan uppkommer i tingsrätterna. Detta är inte nödvändigtvis problematiskt, men motiverar en diskussion om hur HD bäst kan leda rättstillämpningen.*

## 1 Vad är prejudikat och prejudikatbildning, och kan de utvärderas?

### *1.1 HD-avgöranden till rättstillämpningens ledning*

Högsta domstolens roll i det svenska rättssystemet har förändrats över tid.[2] En av de största förändringarna sedan domstolens inrättande skedde genom 1971 års fullföljdsreform, varefter Högsta domstolen utvecklats till en utpräglad prejudikatinstans vars huvudsakliga uppgift är att etablera ”auktoritativa avgöranden för främjande av enhetlig lagtolkning och annan rättstillämpning”.[3] Det är genom att avkunna sådana auktoritativa avgöranden, vilka vi här kallar för prejudikat,[4] som Högsta domstolen uppfyller sin ”uppgift som vårdare av rättsenhetligheten”.[5] Att Högsta domstolen först och främst är en prejudikatinstans kommer tydligast till uttryck i att Högsta domstolen som huvudregel endast ska bevilja prövningstillstånd och pröva ett mål eller en

[1] Professorer i rättsvetenskap, Juridiska institutionen, Umeå universitet. Vi tackar Vetenskapsrådet, som finansierat studien, Karnov, som tillgängliggjort data, och våra kollegor Jan Leidö och Lena Landström, för synpunkter på ett tidigare utkast.

[2] För en djupgående beskrivning av institutionens första två århundranden se Högsta domsmakten i Sverige under 200 år (Skrifter utgivna av Institutet för rättshistorisk forskning vol. 16 och 17, Lund 1990).

[3] Prop. 1971:45 s. 38.

[4] Detta kan tyckas närmast övertydligt men begreppet prejudikat är tämligen komplext och svårt att definiera och som diskuteras närmare nedan kan man argumentera för att HD:s avgöranden skiljer sig åt i vad man skulle kunna kalla prejudikatvärde.

[5] Prop. 1971:45 s. 39.

fråga om det är ”av vikt för ledning av rättstillämpningen”,[6] till exempel därför att det i rättskällorna saknas klar ledning hur en rättsfråga ska bedömas, att de lägre instanserna dömer olika eller, enligt HD:s uppfattning, helt enkelt dömer fel i en viss fråga.[7]

Att prejudikat blivit en allt viktigare rättskälla har påpekats av flera inom den rättsvetenskapliga diskussionen under senare år.[8] Exakt vad som avses härmed är emellertid inte klart. Det framstår nästan som en självklarhet, som inte närmare behöver utvecklas. En stor del av diskussionen tycks vid närmare analys huvudsakligen vara normativ och fokuserar på vilken betydelse Högsta domstolens avgöranden bör ha när senare fall avgörs, inklusive utvecklandet av en prejudikatlära för hur dessa avgöranden ska hanteras i rättstillämpningen.[9] Grunden för den normativa diskussionen är ofta hur Högsta domstolen själv uppfattar och brukar sina tidigare avgöranden.[10] Exempelvis konstaterar Ramberg, angående prejudikatvärdet av domar med skiljaktiga meningar, att ”inget tyder på att Högsta domstolen skulle vara obenägen att hänvisa till avgöranden med skiljaktiga meningar”.[11]

Att analysera prejudikat från ett normativt perspektiv ger värdefulla insikter men det är inte det enda relevanta perspektivet. Det är minst lika betydelsefullt att studera hur andra aktörer som tillämpar rätt förhåller sig till prejudikat. Det är till exempel möjligt att andra domstolar och myndigheter fäster lägre värde vid avgöranden där Högsta domstolens ledamöter var skiljaktiga även om inte domstolen själv gör det. Denna artikel avser att bredda och problematisera diskussionen genom att beakta ett mer omfattande empiriskt underlag. För att tala med rättegångsbalkens språk kommer vi att studera när och i vilken utsträckning rättstillämpningen tar ledning i Högsta domstolens prejudikat. Liksom andra kommentatorer tar vi sikte på prejudikatens normativa

[6] 54 kap. 10 § 1 st. 1 p. rättegångsbalken. Se också 54 kap. 11 § 1 st. rättegångsbalken (prejudikatfråga). Högsta domstolen kan i exceptionella fall lämna prövningstillstånd även i andra fall, t.ex. vid domvilla eller om hovrätten begått ett grovt förbiseende eller misstag. 54 kap. 10 § 1 st. 2 p. rättegångsbalken (extraordinär dispens). Dessa fall hör dock till undantagen och är inte föremål för diskussion i denna artikel. Se Peter Fitger m.fl., Kommentar till 54 kap. 10 § rättegångsbalken, publicerad i Zeteo 2017-12-05.

[7] Per Olof Ekelöf & Henrik Edelstam, Rättsmedlen (uppl. 12, Iustus Förlag, Uppsala 2009), s. 158.

[8] Det konstateras exempelvis, närmast i förbifarten, i första meningen i Christina Ramberg, ”Prejudikat som rättskälla”, SvJT 2017 s. 773, på s. 773. Se också Stig Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning (uppl. 5, Norstedts Juridik, Stockholm 1996), s. 375 (”Det förefaller inte blott som om domstolars och myndigheters tidigare avgöranden i modern tid kommit att spela en betydligt större roll än tidigare som erkänd rättskällefaktor utan även som att graden av ’bundenhet’ vid prejudikat snarast ökat.”). Även om påståendet ibland är generellt är det rimligt att förutsätta att betydelsen av prejudikat varierar mellan olika rättsområden.

[9] En intressant diskussion om en sådan prejudikatlära återfinns i Christina Ramberg, Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten (Wolters Kluwer, Stockholm 2017). Se även t.ex. Stig Strömholm, ”En svensk prejudikatlära: behov och möjligheter”, SvJT 1984 s. 923.

[10] Se t.ex. Kerstin Calissendorff, ”Plenum och skiljaktigheter — vad ska det vara bra för?”, SvJT 2017 s. 795.

[11] Christina Ramberg, ”Prejudikat som rättskälla”, SvJT 2017 s. 773, på s. 778.

effekt i termer av genomslag i rättstillämpningen,[12] men avser att utreda detta genom att studera ett bredare segment av rättstillämpningen.

### *1.2 Utgångspunkter: Olika typer av prejudikat och de lägre instansernas betydelse*

”Rättstillämpningen” är ett brett begrepp och reflekterar att HD:s avgörandens ska vara vägledande i bred bemärkelse. Genom sina prejudikat etablerar och klargör Högsta domstolen rättsläget och enskilda kan med ledning i prejudikaten rätta sitt agerande därefter. På detta sätt har prejudikaten en beteendestyrande effekt. Även myndigheter tar i sin rättstillämpning ledning i prejudikat, vilket bland annat kommer till uttryck i myndighetsbeslut. HD:s avgöranden har dock en särskilt viktig vägledande funktion i förhållande till den rättstillämpning som bedrivs vid tingsrätterna. I egenskap av sin placering som den främsta av de allmänna domstolarna är en av Högsta domstolens viktigaste uppgifter att vägleda de lägre domstolarna och att tillse att de ägnar sig åt en enhetlig och korrekt rättstillämpning. Eftersom blott ett fåtal mål varje år når Högsta domstolen står tingsrätterna för den största delen av den faktiska rättstillämpningen i dessa tvister med ledning i HD:s prejudikat.

Denna artikel anlägger ett empiriskt perspektiv då vi anser att det i hög utsträckning är de lägre instanserna som avgör vilket prejudikatvärde (värde som rättskälla) ett HD-avgörande har i praktiken. Högsta domstolen har naturligtvis stort inflytande över vilka avgöranden som blir prejudikat, inte minst genom att styra vilka frågor som tas upp till prövning, och domstolen kan försöka påverka ett avgörandes prejudikatvärde genom att skicka signaler till den övriga rättstillämpningen. Den faktiska rättstillämpningen sker dock huvudsakligen i tingsrätterna och det är de som faktiskt tar ledning i prejudikat, eller inte. Hur HD ser på betydelsen av olika faktorer vid tillämpningen av prejudikat sammanfaller inte nödvändigtvis med underrätternas syn. Tvärtom vore det naturligt att producenter och konsumenter av prejudikat har delvis olika synsätt.[13]

Ett empiriskt perspektiv, med fokus på i vilken utsträckning svenska tingsrätter faktiskt följer Högsta domstolens avgöranden, ifrågasätter naturligtvis inte den normativa giltigheten i dessa avgöranden. Att underrätterna inte tar ledning i ett prejudikat betyder inte heller att det saknar betydelse. Att underrätterna inte brukar ett prejudikat kan förvisso bero på att det blivit obsolet eller explicit avfärdat av HD som inte längre gällande. En annan förklaring kan vara att prejudikatet kodifierats i författning och att det därför inte längre finns behov av att ta

[12] Jfr Kerstin Calissendorff, ”Plenum och skiljaktigheter — vad ska det vara bra för?”, SvJT 2017 s. 795, på s. 795.

[13] För en översikt över olika typer av prejudikat se Mattias Derlén och Johan Lindholm, ”Peek-A-Boo, It’s a Case Law System! Comparing the European Court of Justice and the United States Supreme Court from a Network Perspective”, German Law Journal vol. 18 s. 647 (2017), på s. 652–655.

ledning i prejudikatet. Prejudikat som varken kodifierats eller blivit obsoleta kan delas in i aktiva och passiva prejudikat. Medan aktiva prejudikat används i tingsrätterna saknar passiva prejudikat nutida hänvisningar i tingsrätterna.[14] Detta kan i sin tur ha olika förklaringar. En är att Högsta domstolen genom sitt avgörande lämnat så tydligt besked om rättsläget att området stängts ner, på så sätt att nya tvister inte uppkommer. Prejudikatet kvarstår i vilande form, för det fall att tvister skulle uppkomma. Att fullkomligt stänga ner ett område, och utesluta alla incitament för olika aktörer att väcka talan, är emellertid synnerligen långtgående, och kan inte förväntas vara den huvudsakliga förklaringen till att ett prejudikat inte används i underrätterna. Den vanligaste förklaringen är rimligen att prejudikat som inte används rör frågor som sällan uppkommer i tingsrätterna. Även dessa prejudikat är vilande, och får betydelse för det fall att situationen skulle uppkomma. Utgångspunkten för denna artikel är att samtliga HD:s prejudikat inte har eller kan förväntas ha lika stor betydelse för rättstillämpningen. Vissa avgöranden kommer att beröra frågor av betydelse i ett mycket stort antal fall (aktiva prejudikat) medan andra aktualiseras i ett mer begränsat antal fall (passiva prejudikat).[15] I den följande empiriska undersökningen kommer vi att kontrastera Högsta domstolens eget bruk av rättspraxis med tingsrätternas, på sätt som närmare beskrivs nedan, i avsikt att bredda diskussionen om prejudikats betydelse.

### *1.3 Material och metod*

För att besvara de ovan formulerade frågorna har vi valt att granska hur Högsta domstolens avgöranden i tvistemål används som rättskälla av tingsrätterna i tvistemål. Det finns anledning att tro att prejudikatens betydelse som rättskälla varierar mellan olika områden och att prejudikat sannolikt har större betydelse på områden där detaljerad lagstiftning är mindre vanligt förekommande,[16] och att detta ofta är fallet i tvistemål. Därigenom kommunicerar också denna artikel med och bidrar till en aktuell och alltmer omfattande diskussion kring prejudikat inom förmögenhetsrätten, inte minst med utgångspunkt i Rambergs bok.[17] Slutligen finns det metodologiska argument för denna avgränsning då det är förhållandevis enkelt att identifiera och avgränsa en studie till tvistemål eftersom domstolarna använder sig av denna beteckning när de tilldelar målnummer.

[14] Med nutida avses här perioden juli 2013 till december 2015, se vidare avsnitt 3 nedan.

[15] Detta kommer bl.a. till uttryck i att lagstiftaren i samband med fullföljdsreformen ersatte det tidigare kravet på ”synnerlig vikt” för prejudikatdispens med det lägre kravet ”av vikt”.

[16] Jfr Christina Ramberg, ”Prejudikat som rättskälla”, SvJT 2017 s. 773, på s. 775: Ekelöf & Edelstam 2009, s. 144 (som dock poängterar att prejudikat även har stor betydelse på områden med ny lagstiftning). En annan aspekt är att många civilrättsliga frågor sannolikt hanteras genom skiljeförfarande, och därmed inte alls når tingsrätterna.

[17] Christina Ramberg, Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten (Wolters Kluwer, Stockholm 2017).

Det huvudsakliga studieobjektet är Högsta domstolens avgöranden i tvistemål. Ur Domstolsverkets databas Vägledande avgöranden[18] har vi i ett första steg hämtat samtliga 4 373 tillgängliga domar som Högsta domstolen avkunnat från och med januari 1981 till och med augusti 2014. Av dessa utgör 1 190 avgöranden i tvistemål.[19] Ur detta material har vi identifierat och sammanställt varje tillfälle där Högsta domstolen i sina domar hänvisat till sina tidigare avgöranden.[20]

Som utvecklats ovan är vi främst intresserade av vilken betydelse dessa avgöranden har för rättstillämpningen i landets tingsrätter. För att möjliggöra detta har vi studerat 19 161 domar i tvistemål avkunnade av landets samtliga fyrtioåtta tingsrätter under perioden mellan juli 2013 och december 2015.[21] Detta motsvarar uppskattningsvis 70 % av alla tingsrättsdomar av detta slag avkunnade under den aktuella perioden.[22] Vi anser att materialet täcker en tillräcklig tidsperiod, är av tillräcklig omfattning och i övriga hänseenden är representativt för att ur materialet kunna dra empiriska slutsatser om underrätternas samlade avgöranden. Vi har sedan ur dessa domar identifierat samtliga referenser till Högsta domstolens publicerade avgöranden.[23]

För såväl tingsrätterna som Högsta domstolen behandlar vi hänvisningar till tidigare avgöranden som ett tecken på att domstolen använde prejudikaten ifråga som en rättskälla för att avgöra det aktuella målet.[24] En potentiell invändning i detta sammanhang är att såväl tingsrätterna som Högsta domstolen kan ha beaktat prejudikat i mål utan att detta leder till en explicit hänvisning i domen. Det är omöjligt att avgöra huruvida och, i så fall, i vilken omfattning detta förekommer, men det förefaller sannolikt att så är fallet. Till exempel har Ramberg visat att även Högsta domstolen ibland underlåter att hänvisa till relevant rättspraxis.[25] Det finns dock ingen anledning att tro att domstolarna skulle vara mer eller mindre benägna att ägna sig åt sådan ”underhänvisning” till prejudikat i vissa fall och det beaktade materialets omfattning och representativitet löser därmed materialets många metodproblem. Det är till exempel möjligt att underrätterna tar ledning i

[18] http://www.rattsinfosok.dom.se/lagrummet/index.jsp.
[19] Dvs. avgöranden i mål med ett T-målnummer.
[20] Högsta domstolen tillhandahåller själv dessa uppgifter i metadata.
[21] Materialet inkluderar endast s.k. T-mål. I materialet ingår inte en stor andel av domar i familjerättsliga, t.ex. dom om äktenskapsskillnad efter gemensam ansökan.
[22] Av Domstolsverkets statistik framgår att tingsrätterna avgör ungefär 25 000 mål av det aktuella slaget per år eller ungefär 62 500 mål under den aktuella perioden av dessa avgörs dock endast ca 44% eller 27 500 mål genom dom. Tillgänglig på http://www.domstol.se/Publikationer/Statistik/domstolsstatistik_2016.pdf (hämtad 2017-12-29).
[23] Mer specifikt har vi maskinellt och genom att använda regelbundna uttryck (”regular expressions”) sökt efter och extraherat samtliga referenser till ”NJA” (första avdelningen) med efterföljande specificerat årtal och sidnummer.
[24] Vi har inte kunnat göra någon bedömning av i vilken riktning eller i vilken omfattning ett prejudikat som hänvisas till har påverkat utfallet i det aktuella målet. Det är dock i vår erfarenhet ovanligt att tingsrätter hänvisar till prejudikat i negativ riktning.
[25] Ramberg 2017, s. 232–237.

Högsta domstolens prejudikat två eller tre gånger så ofta som de hänvisar till dessa i sina domar men så länge denna obenägenhet påverkar alla prejudikat lika — och vi saknar anledning att betvivla att så är fallet — kommer materialet att korrekt återspegla tingsrätternas relativa — om än inte absoluta — bruk av prejudikat som rättskälla.

Det kan här poängteras att de beaktade avgörandena från Högsta domstolen omfattar en mer omfattande tidsperiod än de beaktade tingsrättsavgörandena. Det kan förefalla naturligt att studera HD:s avgöranden från samma period som tingsrättsdomarna,[26] men det ger inte nödvändigtvis en mer rättvisande bild. Som diskuteras nedan tyder våra resultat på att det finns en eftersläpning på 3–6 år mellan att HD avgör ett ärende och att det når sin fulla hänvisningspotential i tingsrätternas avgöranden. Samtidigt finns det en fördröjning åt andra hållet i det att tämligen lång tid kan förflyta mellan att ett mål avgörs i tingsrätten och att samma mål når Högsta domstolen. Om vi granskar tingsrätts- och HD-avgöranden från exakt samma period kommer vi de facto att studera mål från HD som var aktuella i tingsrätterna långt tidigare. Att det rör sig om delvis olika tidsperioden innebär dock att vissa hänsyn måste tas och kommer att tas i själva analysen.

## 2 Prejudikat, en i praktiken ganska sällsynt figur

### *2.1 Prejudikat från tingsrätternas perspektiv*

Vi kan mäta tingsrätternas bruk av prejudikat på åtminstone tre olika sätt. För det första kan vi undersöka det genomsnittliga antalet hänvisningar: de studerade tingsrättsmålen innehåller totalt 1 979 hänvisningar till de aktuella HD-avgörandena, vilket motsvarar i genomsnitt 0,1 hänvisningar per tingsrättsavgörande.[27]

Ett genomsnitt är dock inte nödvändigtvis särskilt rättvisande beroende på hur hänvisningarna är fördelade och, som vi ska se, följer dessa inte en normalfördelning.

För det andra kan vi studera vilken andel av tingsrättsmålen som överhuvudtaget innehåller hänvisningar till HD:s avgöranden. Detta ger en insikt om i vilken utsträckning tingsrätterna tar ledning i Högsta domstolens avgöranden för att avgöra tvistemål som kommer inför dem eller, annorlunda uttryckt, om tingsrätternas faktiska behov av prejudikat för att avgöra tvistemål. Av de 19 161 studerade tingsrätts-

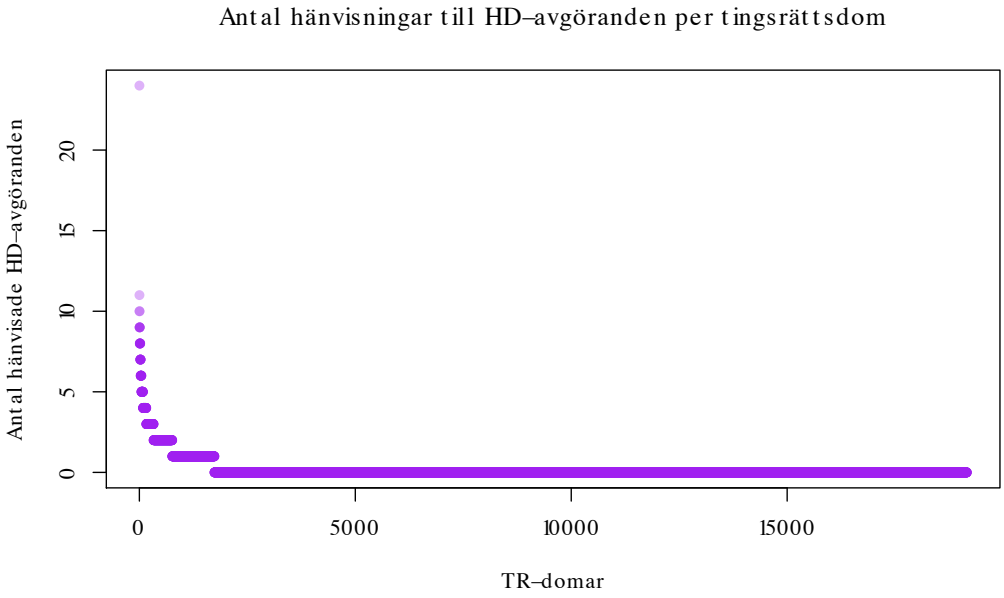
[26] Dvs. juli 2013 och december 2015.

[27] Vi talar här endast om hänvisningar till de studerande HD-avgörandena, dvs. publicerade avgöranden i T-mål under perioden 1981–2014. Även om vi inkluderar alla hänvisningar till HD-avgöranden, dvs. oavsett måltyp eller avgörandeår, ökar det dock endast till 3 117 hänvisningar eller i genomsnitt 0,16 hänvisningar per tingsrättsdom. Detta är föga förvånande dels eftersom det rimligen är relativt ovanligt att andra HD avgöranden än de i T-mål är relevanta när tingsrätterna avgör T-mål, dels eftersom hänvisningar till HD-avgöranden som är äldre än 33 år som utvecklas nedan utgör en relativt liten andel av alla hänvisningar.

målen innehåller 1 737 en eller flera hänvisningar till Högsta domstolens avgöranden,[28] och detta inbegriper samtliga HD-avgöranden, oavsett måltyp och när de avgjordes, och även mer generella referenser.[29] Generöst räknat är det med andra ord 9 % av de studerade tingsrättsdomarna som explicit innehåller referenser till HD:s avgörande. Som diskuterats ovan är det svårt att uttala sig om hur ofta tingsrätterna använder HD:s avgöranden utan att explicit hänvisa till dem i domen. Även om detta skulle förekomma flera gånger för varje gång som tingsrätterna faktiskt hänvisar till dem är det emellertid tydligt att prejudikat inte är en oundgänglig rättskälla när tingsrätterna avgör tvistemål.[30]

För det tredje kan vi beakta själva antalet HD-avgöranden som tingsrätterna hänvisar till. Även bland tingsrättsavgöranden som innehåller hänvisningar till HD:s prejudikat är det sällsynt att domstolen hänvisar till fler än två prejudikat.[31] Bland de 19 161 studerade tingsrättsmålen innehåller endast 46 domar (0,2 %) referenser till fler än fem olika HD-avgöranden. Det finns dock undantag.[32] Till exempel innehåller Stockholms tingsrätts dom 2015-05-27 i mål nr T 14218-14 hänvisningar till tjugofyra unika HD-avgöranden. Detta är fler än dubbelt så många som den tingsrättsdom som innehåller näst flest hänvisningar till HD-avgöranden. Målet ifråga rör statens skadeståndsansvar gentemot en företagare som menar att förvaltningsrätterna i ett skatterättsligt mål ägnat sig åt felaktig eller försumlig rättstillämpning och därigenom vållat honom skada. För att avgöra målet beaktar tingsrätten en mängd HD-avgöranden angående ett antal frågor, inklusive när domstol gör sig skyldig till skadeståndsgrundande fel eller försummelse, äganderättsgenomsyn, legalitetskrav och bevisvärdering. Målet innehåller en exceptionell kombination av många komplexa frågor som i hög utsträckning eller närmast uteslutande regleras i rättspraxis.[33]

[28] Se nedan fig. 1. *Antal hänvisningar till HD-avgöranden per tingsrättsdom.*
[29] Dvs. till Högsta domstolens avgöranden utan referens till specifikt publikation i NJA.
[30] Som en jämförelsepunkt kan nämnas att såväl USA:s högsta domstol som EU-domstolen under senare tid hänvisar till tidigare praxis i 90–100 % av sina domar. Fowler och Jeon 2008, s. 19; Derlén och Lindholm 2017, s. 669–670. Många internationella skiljedomstolar ligger kring 80 %. Johan Lindholm, The Court of Arbitration for Sport and Its Jurisprudence – An Empirical Inquiry into Lex Sportiva (TMC Asser, Haag 2019), s. 96–97.
[31] Bland dessa mål är medianantalet hänvisningar 1 och det genomsnittliga antalet hänvisningar 1,8.
[32] Se nedan fig. 1. *Antal hänvisningar till HD-avgöranden per tingsrättsdom.*
[33] Domen innehåller också bl.a. ett antal referenser till Europadomstolens rättspraxis.




Detta kan jämföras med Högsta domstolen som i långt större utsträckning än tingsrätterna refererar till tidigare HD-avgöranden. Som vi utvecklat i en tidigare artikel hänvisar HD under senare år till sin egen praxis i närmare 80 % av sina domar och i genomsnitt till närmare tre tidigare avgöranden per dom.[34] Att det i detta hänseende finns stora skillnader mellan tingsrätterna och Högsta domstolen är inte förvånande. De mål där Högsta domstolen beviljar prövningstillstånd ska som diskuterats ovan vara mål där det finns ett behov av vägledning och de rättsliga frågorna i dessa mål tenderar att vara mer komplexa än de mål som tingsrätterna i huvudsak avgör. Eftersom Högsta domstolens avgöranden inte primärt syftar till att avgöra den aktuella tvisten utan syftar till att ge vägledning för framtiden och riktar sig till en bredare publik är det både naturligt och lämpligt att en dom från Högsta domstolen innehåller ett mer utförligt resonemang än en genomsnittlig tingsrättsdom, och att detta inkluderar fler hänvisningar till rättskällor inklusive prejudikat.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att oavsett vilket mått som används innehåller tingsrätternas tvistemålsdomar generellt ett lågt antal hänvisningar till HD-avgöranden. Det är dock viktigt att notera att man inte därav kan dra några slutsatser om huruvida tingsrätterna i normativ bemärkelse gör för få hänvisningar eller, i än bredare bemärkelse, huruvida tingsrätterna underlåtit att följa relevanta HD-avgöranden. Tvärtom, i avsaknad av tydliga bevis på motsatsen är det rimligt att anta att tingsrätterna gjort en korrekt bedömning och beaktat all relevant rättspraxis. Resultaten säger således snarare något om rättspraxis

[34] Mattias Derlén & Johan Lindholm, ”Judiciell aktivism eller prejudikatbildning? En empirisk granskning av Högsta domstolen”, SvJT 2016 s. 143, på s. 148–150.

betydelse som rättskälla i det svenska rättssystemet, åtminstone i de tvistemål som når tingsrätt, och talar för att denna är relativt blygsam. Vi drar inte härvid några slutsatser om huruvida detta är bra eller dåligt, eller om Högsta domstolen borde agera på något sätt för att förändra detta, utan gör bara en empirisk observation av hur det faktiskt ligger till.

*2.2 Prejudikat från prejudikatens perspektiv*

Att rättspraxis har relativt begränsad betydelse för tingsrätternas rättstillämpning är förstås av betydelse för att förstå när och i vilken utsträckning rättstillämpningen tar ledning i Högsta domstolens prejudikat, men dessa frågor kan och bör även angripas från andra håll. Genom att vända på perspektivet och undersöka vilka HD-avgöranden som tingsrätterna hänvisar respektive inte hänvisar till kan vidare insikter uppnås. Till skillnad från angreppssättet ovan kan detta ligga till grund för en bedömning av den vägledande ”verkningsgraden” i HD:s avgöranden.

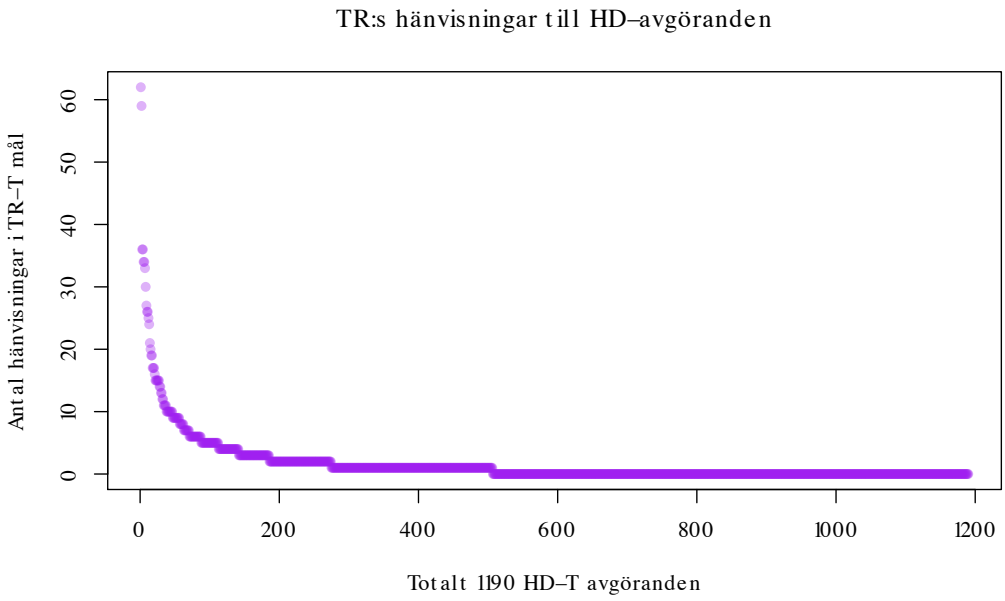
De 19 161 tingsrättsdomarna innehåller referenser till mindre än hälften av de studerade HD-avgörandena: 506 utav 1 247. Annorlunda uttryckt har 60 % av alla HD-avgöranden i tvistemål inte någon mätbar effekt på tingsrätternas tillämpning, inte ens om man begränsar sig till relativt ”nya” HD-avgöranden avkunnade under de senaste 33 åren.[35] Med hänsyn till att de studerade tingsrättsdomarna omfattar ca 70 % av samtliga tingsrättsavgöranden under en tidsperiod om två och halvt år kan denna grupp på 506 avgöranden beskrivas som Högsta domstolens ”verkliga” vägledande avgöranden i tvistemål i bemärkelsen att de i praktiken är förebildliga för tingsrätternas avgöranden, och de 741 HD-avgöranden som tingsrätterna inte hänvisat till en enda gång under denna period har med all sannolikhet ingen eller mycket begränsad praktisk betydelse när svenska domare avgör tvister i tvistemål.[36]

Även bland de 506 HD-avgöranden som tingsrätterna hänvisar till finns det stora skillnader avseende antal hänvisningar: 232 avgöranden har endast hänvisats till en enda gång och 89 har hänvisats till två gånger. Således är det bara 185 av de 1 190 studerade HD-avgöranden (motsvarande 15,5 %) som tingsrätterna hänvisat till mer än två gånger under de studerade två och ett halvt åren. På andra ändan av skalan

[35] Som diskuteras i nästa avsnitt sjunker sannolikheten för att tingsrätterna ska hänvisa till ett HD-avgörande linjärt och förutsebart över tid.

[36] Det går inte att utesluta att referenser till ytterligare mål skulle återfinnas om det fanns tillgång till och möjlighet att studera ytterligare tingsrättsdomar. Det går inte heller att med säkerhet säga att ingen tingsrätt i något mål beaktat och blivit påverkad av ett HD-avgörande som varken den domstolen eller någon annan tingsrätt hänvisat till i det studerade materialet. Att någon av dessa omständigheter skulle vara för handen är dock tilltagande osannolikt ju fler tingsrättsdomar som beaktas och det material som beaktas här är som diskuterat betydande och utgör en stor andel av samtliga avgöranden under en längre period. Att det utöver den aktuella gruppen skulle finnas HD-avgöranden som har ett betydande inflytande på tingsrätternas rättstillämpning framstår därmed som mycket osannolikt.

finns det åtta HD-avgöranden som tingsrätterna hänvisat till 30 eller fler gånger.[37]




I linje med vad som diskuterades ovan är det i detta sammanhang viktigt att skilja mellan, å ena sidan, den empiriska observationen att tingsrätterna i tvistemål faktiskt endast påverkats av en mindre grupp HD-avgöranden i någon betydelsefull utsträckning och, å andra sidan, den normativa frågan om tingsrätterna borde påverkas av fler HD-avgöranden. Vår data visar att en övervägande majoritet av HD:s avgöranden i praktiken i ingen eller mycket liten utsträckning leder tingsrätternas rättstillämpning. Svaren på varför det förhåller sig på detta sätt och vad, om något, som bör göras åt detta måste sökas på annat håll.

Det finns flera möjliga förklaringar till varför tingsrätterna inte hänvisar till vissa HD-avgöranden. Som diskuterats ovan är det möjligt och till och med troligt att tingsrätterna i viss utsträckning ”underhänvisar”, det vill säga att de ibland underlåter att explicit redovisa att de följer prejudikat även när så är fallet.[38] Det är dock osannolikt att detta kan förklara den fullständiga avsaknaden av hänvisningar under flera år, åtminstone om tingsrätterna beaktat det aktuella HD-avgörandet vid mer än vid något enstaka tillfälle. Likaså avstår vi i avsaknad av bevis från att, som diskuterats ovan, skylla på tingsrättsdomarnas förbiseende.[39] Den mest sannolika förklaringen till observationerna ovan är att många av de frågor som Högsta domstolen ger vägledning om i sina

[37] Se nedan fig. 2. *TR:s hänvisningar till HD-avgöranden.*
[38] Omfattning av detta skulle lämpligen kunna kartläggas genom att i närmare detalj granska tingsrättsavgöranden på områden där det finns tydliga prejudikat och undersöka i vad mån tingsrätterna de facto följer prejudikaten utan att hänvisa till dessa.
[39] Det vore intressant att studera fall där tingsrätterna underlåtit att följa tydliga prejudikat.

avgöranden i praktiken sällan aktualiseras i de mål som faktiskt kommer inför landets tingsrätter, åtminstone inte i någon större omfattning.

Det kan dock finnas olika förklaringar till detta. Nedan kommer vi att i tur och ordning granska de två för oss mest sannolika förklaringarna: för det första att HD:s avgöranden på grund av rättsutvecklingen förhållandevis snabbt förlorar sin vägledande betydelse[40] och för det andra att många av de frågor som HD intresserar sig för är frågor som sällan förekommer i tvistemål inför tingsrätt.[41]

### *2.3 Från (hyfsat) relevant till obsolet på 60 år: Tingsrätternas hänvisningar till prejudikat över tid*

En möjlig förklaring till att tingsrätterna inte hänvisar till ett HD-avgörande är att det berör frågor som var förhållandevis vanligt förekommande i tingsrätterna vid tillfället när HD avkunnade sitt avgörande men att detta inte längre är fallet. En sådan förändring skulle i så fall i sin tur kunna vara föranledd av olika faktorer. Det skulle kunna bero på att rättsläget förändrats på ett sätt som gjort prejudikatet obsolet som rättskälla, till exempel till följd av att lagregler ändrats, att praxis kodifierats eller att domstolarna i senare rättspraxis utvecklat rätten i en annan riktning (”overruling”). Det kan också bero på att avgörandet helt enkelt fallit i glömska över tid. Om så är fallet borde det resultera i att sannolikheten för att tingsrätterna hänvisar till ett visst HD-avgörande sjunker över tid och på en generell nivå tämligen konstant och förutsebart.

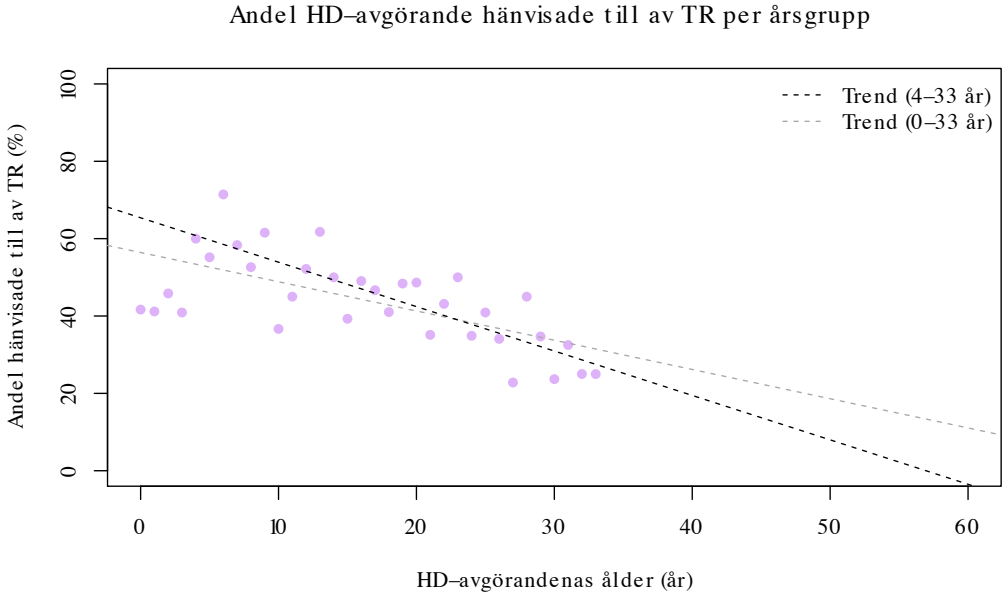
En annan möjlig förklaring är att avgörandet fått så stort genomslag i samhället att färre tvister om den aktuella frågan når domstolarna.[42] Man kan tänka sig att Högsta domstolen genom sitt avgörande klargjort rättsläget, att parter som är involverade i en tvist som rör den av HD avgjorda frågan därmed får en klarare uppfattning om sina respektive chanser att vinna framgång i domstol och att de därför har mindre incitament att pröva tvisten i tingsrätt. Detta ger upphov till en närmast paradoxal effekt i det att prejudikatet genom själva sin existens undergräver de lägre instansernas behov av att tillämpa prejudikatet. Det förefaller högst sannolikt att HD:s prejudikat har en viss sådan målreducerande effekt.

Det framstår dock som osannolikt att denna effekt är så stark att tingsrätterna efter ett prejudikat helt slutar se mål rörande en fråga som tidigare ofta kom upp: prejudikat är sällan fullt så klargörande, inga två faktiska mål är helt identiska, det finns ombud som är obekanta med relevant rättspraxis, det finns parter som vill driva mål även mot ombuds avrådan etc. Vi kan också empiriskt undersöka en eventuell

[40] Se nedan avsnitt 2.3.
[41] Se nedan avsnitt 3.
[42] Jfr Ramberg 2017, s. 28–29.

sådan effekt då vi åtminstone under tiden närmast ett prejudikats avkunnande borde se det hänvisas till av tingsrätterna,[43] även om det senare blir obehövligt.

För att undersöka dessa förklaringar kan vi studera hur sannolikheten för att tingsrätterna ska hänvisa till ett HD-avgörande förändras med avgörandets ålder. Vi gör detta genom att separera de studerade HD-avgörandena utifrån avgörandeår[44] och sedan studera vilken andel av domarna i varje årsgrupp som förekommer i de studerade tingsrättsdomarna. Vi kan därigenom se i vad mån tingsrätternas benägenhet att hänvisa till HD-avgöranden ur en viss årsgrupp förändras med gruppens ålder.[45]




Detta visar för det första att tingsrätterna är förhållandevis obenägna att hänvisa till HD-avgöranden som är yngre än fyra år. En möjlig förklaring till denna möjligtvis något förvånande tendens är att det tar några år innan domstolar och ombud fullt ut bekantat sig med nya prejudikat. En annan möjlig förklaring är att prejudikat, tvärtemot teorin

[43] Om vi antar att ett HD-avgörande rör en fråga som är vanligt förekommande i mål inför tingsrätt så borde det vid tidpunkten för avgörandet finnas ett antal sådana mål vid tingsrätterna. Om vi vidare antar att avgörandet är klargörande och att jurister är bekanta med avgörandet — vilket denna förklaringsmodell utgår ifrån — så kan vi förvänta oss att tingsrätterna under perioden närmast efter avgörandets avkunnande hänvisar till det för att avgöra de mål som då ligger vid domstolen.

[44] Dvs. t.ex. alla HD-T avgöranden avkunnade 1996 i en grupp, 1997 i en annan osv.

[45] Se nedan fig. 3. *Andel HD–avgörande hänvisade till av TR per årsgrupp.* Med ”ålder” avses här antalet år mellan årsgruppens avgörandeår och 2014. Detta är något av en förenkling men överlag representativ givet hur datan är distribuerad över tid.

om prejudikatens målreducerande effekt, leder till en ökning av antalet mål rörande de frågor som prejudikatet berör.[46] Vilken av dessa förklaringar som ligger bakom, eller någon ytterligare annan förklaring, förutsätter dock ytterligare utredning av kausaliteten.

Med undantag för de yngsta avgörandena finns det en tydlig korrelation mellan hur gammalt ett HD-avgörande är och hur sannolikt det är att tingsrätterna kommer att hänvisa till den i sina domar. Vid fyra års ålder är sannolikheten som högst och i denna årsgrupp hänvisar tingsrätterna till ungefär 60 % av HD:s avgöranden. Detta sjunker dock linjärt över tid och i de äldsta studerade årsgrupperna har andelen sjunkit till omkring 25 %. Andelen avgöranden som tingsrätterna hänvisar till sjunker således med ungefär 1,1 % per år. Om vi antar att denna utveckling fortsätter under längre tid, vilket vi inte ser någon anledning att ifrågasätta, innebär detta att HD-avgöranden i tvistemål är statistiskt obsoleta efter cirka 60 år.[47]

Detta är förenligt med teorin att rättsläget förändras över tid. Det observerade mönstret avviker dock från vad vi kan förvänta oss om prejudikaten hade en tydlig målreducerande effekt: istället för en skarp nedgång från relativt höga nivåer ser vi en uppgång av hänvisningar under de första fyra åren. Den mest intressanta observationen är dock att även när de tidsmässiga förutsättningarna är som bäst hänvisar tingsrätterna endast till två utav tre HD-avgöranden eller, omvänt uttryckt, inte ett enda fall under en period över två och halvt år till en utav tre HD-avgöranden. Detta skulle kunna antyda att en utav tre HD-avgöranden i tvistemål rör frågor som aldrig eller extremt sällan dyker upp i tvistemål inför tingsrätterna. Detta ska nu utredas närmare.

## 3 Vilka avgöranden blir prejudikat?

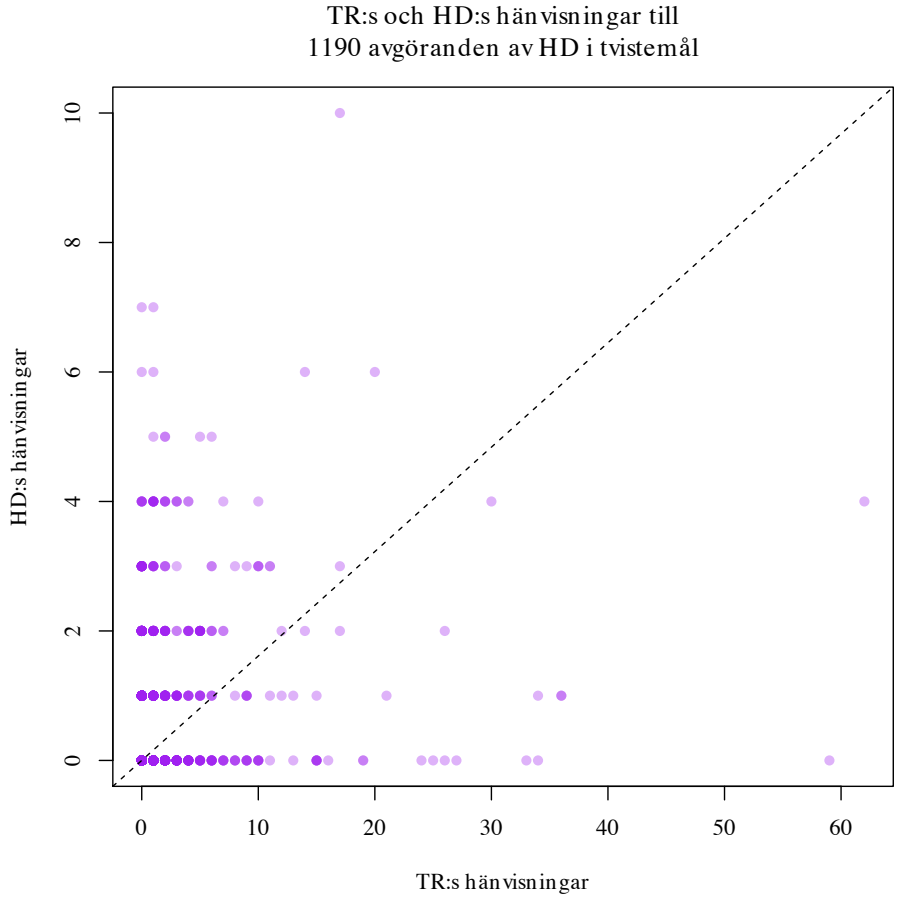
### *3.1 Populärt i HD eller tingsrätt? Sällan både och*

Det finns inget synligt samband mellan vilka HD-avgöranden som tingsrätterna och Högsta domstolen hänvisar till. Många av de HD-avgöranden som tingsrätterna hänvisar till har Högsta domstolen, såvitt vi kunnat utröna, aldrig hänvisat till. Omvänt förekommer överhuvudtaget inga referenser i tingsrättsdomarna till många av de HD-avgöranden som Högsta domstolen mest frekvent hänvisar till.[48]

[46] Det är t.ex. tänkbart att HD genom sitt avgörande utvidgar befintliga rättigheter eller bidrar till att rikta uppmärksamhet åt en redan existerande rättighet.

[47] Nyckelordet här är ”statistiskt”. Det betyder inte att det faktiskt är uteslutet att tingsrätterna skulle hänvisa till äldre HD-avgöranden. Det finns exempel på detta, men det är ovanligt och de äldre mål som hänvisas till utgör en mycket liten andel av alla äldre avgörande. Det betyder förstås inte heller att HD-avgöranden som är äldre än 60 år inte kan vara ett uttryck för gällande rätt i normativ betydelse.

[48] Se nedan fig. 4. *Förhållande mellan TR:s och HD:s hänvisningar till HD:s avgöranden i tvistemål.* Den streckade linjen illustrerar hur fördelningen skulle se ut om HD och tingsrätterna värderade målen på samma sätt.




Överlappningen mellan HD-avgöranden som mer frekvent hänvisas till både av tingsrätterna och Högsta domstolen är ytterst begränsad. Även med en tämligen generös definition av frekventa hänvisningar[49] finner vi bara fyra sådana avgöranden.[50]

Vad har då dessa, närmast unika, mål gemensamt, som gör att de hänvisas till av såväl högsta som lägsta instans? Denna fråga är svår att besvara, då det framstår som fyra förhållandevis disparata mål. Tre av de fyra målen anknyter till frågor om försäkringsersättning eller skadestånd, men behandlar förhållandevis olika situationer. Medan NJA 1984 s. 501 rör ersättning med anledning av motorfordonsförsäkring, behandlar NJA 1993 s. 13 ersättning för utnyttjande av lokal och obehörig vinst och NJA 2005 s. 462 skadestånd från staten med anledning av långsam handläggning av brottmål. Det fjärde målet, NJA 1991 s. 481, rör fel i tjänst och reparation av båtmotor. Inget av målen är avgjort i plenum, tre av dem är enhälliga och ett av dem har tillägg för egen del.

[49] HD-avgöranden som hänvisats till minst 4 gånger av HD och minst 17 gånger av tingsrätterna i det studerade materialet.
[50] NJA 1984 s. 501, NJA 1991 s. 481, NJA 2005 s. 462 samt NJA 1993 s. 13.

Det mest sannolika sambandet mellan tre av målen är att de berör frågor om beviskrav och bevisbörda. I NJA 1984 s. 501 var frågan om en bil tagits och brukats olovligen och rätt till försäkringsersättning därmed förelåg. HD uttalade att det i dessa omständigheter var försäkringstagaren som hade bevisbördan för att ett försäkringsfall förelåg, men att en viss lindring av beviskravet var påkallat då full bevisning var praktiskt omöjlig att uppnå. För att fastställa hur högt beviskravet skulle ställas genomförde Högsta domstolen en avvägning mellan försäkringstagarnas och försäkringsgivarnas intressen och slog fast att beviskravet ska anses fullgjort om det vid en helhetsbedömning av samtliga omständigheter framstår som mera antagligt att ett försäkringsfall föreligger än att så inte är fallet.

På ett liknande sätt spelar frågor om beviskrav en central roll i NJA 1991 s. 481. I målet hade en båtmotor reparerats två gånger av samma reparatör och beställaren bestred betalningsskyldighet för den senare reparationen, då den enligt beställaren endast varit nödvändig på grund av brister i den första reparationen. HD diskuterade, på ett liknande sätt som i tidigare refererat mål, vilken grad av bevisning som skulle krävas av beställaren. Med hänvisning till ett antal tidigare mål samt doktrin konstaterade HD att det vid tekniskt komplicerade reparationer var tillräckligt att den av beställaren uppgivna skadeorsaken framstod som klart mera sannolik än den orsak som åberopats av reparatören.

Även i NJA 2005 s. 462 förekommer bevisfrågor, närmare bestämt vilken grad av bevisning som ska krävas angående orsakssambandet mellan en kränkning av Europakonventionen och en konstaterad ekonomisk skada. Frågan utvecklas dock främst av revisionssekreteraren och spelar en mindre roll i domstolens resonemang.

Ett annat sätt att klassificera de tre målen är att utgå från hur de används av HD själv samt av underrätterna. Vad gäller NJA 1984 s. 501 finns flera exempel, inklusive ovan nämnda NJA 1991 s. 481, på att HD använder målet för att diskutera beviskrav.[51] Bland de många tingsrättsdomar som hänvisar till målet finns flertalet exempel på att NJA 1984 s. 501 används på samma sätt.[52] På samma sätt finns många exempel, från såväl HD som tingsrätterna, på att NJA 1991 s. 481 används för att diskutera en lindring av beviskravet vid frågor om utomobligatoriskt skadestånd.[53] NJA 2005 s. 462 används dock främst av HD för att diskutera statens skadeståndsskyldighet mer allmänt.[54] Även tingsrätterna

[51] Se även t.ex. NJA 1986 s. 358 samt NJA 1990 s. 93.
[52] Se t.ex. Falu tingsrätts dom 2014-06-27 i mål nr T 3121-13, Stockholms tingsrätts dom 2014-10-17 i mål nr T 3708-13, Solna tingsrätts dom 2014-04-08 i mål nr T 5194-13 och Malmö tingsrätt 2014-10-20 i mål nr. T 10383-13.
[53] Se, vad gäller HD, t.ex. NJA 2006 s. 721 och NJA 2015 s. 233, och, vad gäller tingsrätterna, exempelvis Gävle tingsrätts dom 2015-01-15 i mål nr T 3247-13, Jönköpings tingsrätts dom 2015-09-10 i mål nr T 677-15, Växjö tingsrätts dom 2015-05-12 i mål nr T 213-14 och Norrköpings tingsrätt dom 2015-12-23 i mål nr T 2040-15.
[54] Se t.ex. NJA 2007 s. 747, NJA 2009 s. 873 och NJA 2015 s. 899.

hänvisar i många fall till NJA 2005 s. 462 för att demonstrera att skadestånd kan utgå även utan stöd i skadeståndslagen.[55]

NJA 1993 s. 13 avviker från de övriga tre målen, då en annan processuell fråga är i fokus. I målet begärde käranden skadestånd från svaranden för utnyttjande av lokal för affärsverksamhet, och hävdade att svaranden gjort sig skyldig till egenmäktigt förfarande, självtäkt eller olovligt brukande. Högsta domstolen fann att det inte kunde visas att bruket av lokalen var olovligt, varför skadestånd enligt skadeståndslagen inte kunde komma i fråga. HD betonade dock att domstolen ska tillämpa gällande rätt på de av parten åberopade omständigheterna, även om parten själv inte hänvisat till dessa rättsregler, med andra ord principen iura novit curia. Därmed kunde domstolen komma till slutsatsen att svaranden nyttjat kärandens lokaler och således var skyldig att ersätta käranden motsvarande skälig hyra. I senare praxis har HD stundtals hänvisat till NJA 1993 s. 13 vad gäller den materiella frågan om ersättning motsvarande skälig hyra,[56] stundtals för den processuella frågan om iura novit curia.[57] Vad gäller tingsrätterna tycks den huvudsakliga anledningen att hänvisa till NJA 1993 s. 13 vara den materiella frågan om ersättning och obehörig vinst,[58] men vissa exempel på hänvisningar till frågan om iura novit curia förekommer.[59]

*3.2 HD-avgöranden som ofta hänvisas till av tingsrätterna, men inte av HD*

Nästa kategori av mål är rättsfall som tingsrätterna ofta hänvisar till, men som sällan används av Högsta domstolen. Här behandlas de 21 mest använda målen från HD, vilka har 17 eller fler hänvisningar. I samtliga fall har Högsta domstolen hänvisat till domen i fråga färre än fyra gånger, i många fall endast en gång eller till och med aldrig. 16 av

[55] Se t.ex. Stockholms tingsrätts dom 2015-03-13 i mål nr T 11928-13, Nacka tingsrätts dom 2015-12-22 i mål nr T 489-15, Stockholms tingsrätts dom 2015-06-18 i mål nr T 4562-13 och T 4564-13 samt Stockholms tingsrätts dom 2014-03-17 i mål nr T 14944-12.

[56] Se t.ex. NJA 2007 s. 519 och NJA 2013 s. 725. För en diskussion kring huruvida HD i senare rättspraxis anser sig ha etablerat principen om obehörig vinst i NJA 1993 s. 13 se Peter Hultgren & Jan Leidö, ”Reasoning Outside the Box”, i Örjan Edström m.fl. (red), Jubileumsskrift till juridiska institutionen 40 år, Umeå universitet, Umeå 2017, s. 143–167, på s. 164.

[57] Se t.ex. NJA 1999 s. 629 och NJA 2007 s. 862.

[58] Se t.ex. Stockholms tingsrätts dom 2014-11-06 i mål nr T 1524-14, Lunds tingsrätts dom 2014-06-18 i mål nr T 6320-12, Stockholms tingsrätts dom 2014-04-09 i mål nr T 16324-13, Uppsala tingsrätts dom 2014-11-21 i mål nr T 3277-14 och T 3105-14, Stockholms tingsrätts dom 2014-12-22 i mål nr T 17087-12, Attunda tingsrätts dom 2014-02-07 i mål nr T 4683-12, Norrköpings tingsrätts dom 2014-04-10 i mål nr T 1613-13, Uddevalla tingsrätts dom 2015-05-11 i mål nr T 3358-14, Stockholms tingsrätts dom 2015-11-24 i mål nr T 17554-14, Stockholms tingsrätts dom 2015-06-30 i mål nr T 9907-14, Södertälje tingsrätt dom 2015-10-23 i mål nr T 1339-14 och Stockholms tingsrätts dom 2015-06-17 i mål nr T 6516-14.

[59] Se t.ex. Stockholms tingsrätts dom 2014-04-07 i mål nr T 6098-13, Skaraborgs tingsrätts dom 2014-04-16 i mål nr T 4185-11 och Uppsala tingsrätts dom 2014-12-23 i mål nr T 6470-12.

målen beslutades enhälligt, medan fem innehåller åtminstone en skiljaktig mening. Endast två av målen avgjordes i plenum och något tillägg för egen del förekommer inte.

I denna stora grupp av mål tycks den huvudsakliga gemensamma nämnaren vara att många av rättsfallen behandlar bevisfrågor.[60] Så är exempelvis fallet med det tredje mest använda målet, NJA 1976 s. 667.[61] I målet invände en part mot betalning av ett lån, med hänvisning till att han inte undertecknat kvittot. Tingsrätterna hänvisar till målet för att belägga att den som, vid en invändning om en förfalskad namnteckning, hävdar att namnteckningen är äkta har bevisbördan för detta, vilket innebär att det måste vara ”övervägande sannolikt” att så är fallet.[62] Flera andra av de mest frekvent åberopade målen har kopplingar till NJA 1976 s. 667. Det gäller bland annat NJA 2008 s. 890 och NJA 2009 s. 244,[63] vilka kan betecknas som undantag från den placering av bevisbördan som utvecklades i 1976 års mål. I båda målen placerades bevisbördan istället på den som påstått att namnteckningen var förfalskad. I NJA 2008 s. 890 gällde det namnteckning på ett delgivningskvitto och i NJA 2009 s. 244 på en anmälan om ägarbyte av motorfordon. Kopplingen mellan de tre målen framgår inte direkt, då HD själv inte hänvisar till 1976 års mål i de två senare, men tingsrätterna har i ett antal fall diskuterat dem tillsammans och behandlat dem som relaterade.[64] Än tydligare är sambandet mellan NJA 1976 s. 667 och NJA 1992 s. 263.[65] I det senare målet bekräftar HD bevisbördans placering enligt 1976 års mål, och hänvisar också direkt till detta mål, men väljer, inte minst av praktiska skäl, att tillämpa en annan lösning för påstådda förfalskningar av inköpsnoter vid bruk av kontokort. Även tingsrätterna kopplar samman dessa mål,[66] och behandlar ibland explicit 1992 års mål som ytterligare ett undantag från huvudregeln i NJA 1976 s. 667.[67]

[60] 13 av de 21 målen berör frågor om bevisning och beviskrav, enligt vår egen klassificering av målens innehåll.
[61] Tingsrätterna har i vårt dataset hänvisat till målet 53 gånger.
[62] Se t.ex. Göteborgs tingsrätts dom 2014-06-18 i mål nr T 268-14, Södertörns tingsrätts dom 2015-09-22 i mål nr T 16485-14, Eksjö tingsrätts dom 2015-06-15 i mål nr T 1785-14, Södertörns tingsrätts dom 2015-04-30 i mål nr T 953-14, Göteborgs tingsrätts dom 2015-03-30 i mål nr T 13511-13, Uppsala tingsrätts dom 2015-06-16 i mål nr T 7352-14, Solna tingsrätts dom 2015-12-04 i mål nr T 7387-14 och T 9903-14, Linköpings tingsrätts dom 2015-07-10 i mål nr T 754-15,
[63] 2008 års mål har 18 hänvisningar och 2009 års mål har 34 hänvisningar i vårt dataset.
[64] Se t.ex. Örebro tingsrätts dom 2015-02-06 i mål nr T 3920-14, Stockholms tingsrätts dom 2015-03-19 i mål nr T 8158-14, Luleå tingsrätts dom 2015-05-06 i mål nr T 1804-13, Skaraborgs tingsrätts dom 2015-02-27 i mål nr T 1001-13, Malmö tingsrätts dom 2015-10-13 i mål nr T 5229-10.
[65] NJA 1992 s. 263 har 34 hänvisningar i vårt dataset.
[66] Se t.ex. Jönköpings tingsrätts dom 2014-02-18 i mål nr T 3357-13, Södertörns tingsrätts dom 2014-02-26 i mål nr T 9096-13 och Blekinge tingsrätts dom 2014-12-23 i mål nr T 1944-13.
[67] Se t.ex. den relativt utförliga genomgången i Västmanlands tingsrätts dom 2014-11-20 i mål nr T 4891-13.

Även NJA 1975 s. 577 har en koppling till NJA 1976 s. 667.[68] Det framgår inte direkt av den senare domen, då denna inte hänvisar till 1975 års mål, men tingsrätterna har påtalat sambandet och hänvisar ibland till målen tillsammans, i samband med diskussioner om bevisbörda vid frågor om skriftliga avtals äkthet.[69] NJA 1975 s. 577 utgör i sin tur bryggan till ytterligare ett mål — NJA 2009 s. 64.[70] Dessa behandlas ibland tillsammans i tingsrätterna, som grund för att den som lånar ut pengar har bevisbördan för att lånet skett, medan den som invänder att skuld betalats måste kunna visa detta.[71] Till denna grupp av mål hör även NJA 2012 s. 804 och NJA 2014 s. 364.[72] Det förra målet lägger fast att den som hävdar att en medgäldenär eftergett regressrätt har bevisbördan för att så har skett,[73] och det senare att bevisbördan för att ett mottaget belopp utgör gåva, och inte lån, vilar på mottagaren.[74]

Sammanfattningsvis utgör en stor andel av målen som används i betydande utsträckning av tingsrätterna ett kluster av nära sammankopplade mål, vilka alla diskuterar bevisbördans placering i olika fordringsrättsliga situationer. I några få mål framgår kopplingen mellan målen direkt av Högsta domstolens diskussion, i det att domstolen bygger vidare på och explicit hänvisar till tidigare mål,[75] ibland har tingsrätterna själva kommit till slutsatsen att målen är relaterade.[76] Det framstår som väntat att denna typ av mål är av påtaglig betydelse för underrätterna. Frågan om bevisbördans placering är naturligtvis av stor praktisk betydelse, och varken lagstiftning eller allmänna principer ger domstolarna

[68] NJA 1975 s. 577 har 47 hänvisningar i vårt dataset.
[69] Se t.ex. Ystads tingsrätt dom 2015-06-10 i mål nr T 2976-12. Ibland används NJA 1975 s. 577 separat, som källa för den mer allmänna regeln att den part som kräver annan på betalning på grund av penninglån har bevisbördan, se exempelvis Gävle tingsrätts dom 2014-07-04 i mål nr T 514-14, Malmö tingsrätts dom 2015-10-02 i mål nr T 5779-15 och Eskilstuna tingsrätts dom 2015-11-05 i mål nr T 3293-14.
[70] NJA 2009 s. 64 har 24 hänvisningar i vårt dataset. HD hänvisar själv till NJA 1975 s. 577 i 2009 års mål.
[71] Se t.ex. Södertörns tingsrätts dom 2014-10-16 i mål nr T 4326-14, Uppsala tingsrätts dom 2014-06-19 i mål nr T 1869-14, Attunda tingsrätts dom 2015-09-21 i mål nr T 8486-14, Göteborgs tingsrätts dom 2015-05-25 i mål nr T 1724-15 och Stockholms tingsrätts dom 2014-10-14 i mål nr T 12133-13.
[72] NJA 2012 s. 804 har 36 och NJA 2014 s. 364 27 hänvisningar i vårt dataset. För ett exempel på ett mål som hänvisar till samtliga dessa fyra mål se Attunda tingsrätts dom 2015-09-21 i mål nr T 8486-14.
[73] Målet används även i tingsrätterna som belägg för att det faktum att parter stått varandra nära inte bör medföra en sänkning av beviskravet, se t.ex. Göteborgs tingsrätts dom 2014-11-25 i mål nr T 290-13 och Värmlands tingsrätts dom 2014-12-08 i mål nr T 4397-13.
[74] För exempel på mål som hänvisar till 2014 års mål i detta syfte se Södertörns tingsrätts dom 2014-12-22 i mål nr T 16980-13, Helsingborgs tingsrätts dom 2014-10-20 i mål nr T 4936-13 och Södertörns tingsrätts dom 2014-10-27 i mål nr T 2740-14 och T 2987-14. För exempel på mål som hänvisar till de två målen tillsammans se Solna tingsrätts dom 2014-12-19 i mål nr T 1746-14.
[75] Så är fallet för NJA 2014 s. 364, som hänvisar till och diskuterar NJA 1975 s. 577 och NJA 2012 s. 804.
[76] Se diskussionen ovan angående förhållandet mellan NJA 1976 s. 667 och NJA 2008 s. 890 samt NJA 2009 s. 244.

tydlig vägledning.[77] De presumtioner som HD skapar i sin praxis kommer därför att spela en central roll i underrätterna.[78]

De två mål som används mest av tingsrätterna rör emellertid inte frågor om bevisbördans placering. NJA 1997 s. 854, som har överlägset flest hänvisningar (85 stycken), behandlar vad som utgör skälig ersättning för rättegångskostnader enligt 18 kap. 8 § 1 st. RB. HD betonar å ena sidan att det inte är tillräckligt att beloppet inte framstår som oskäligt, å andra sidan att det inte kan krävas en detaljerad redogörelse för nedlagd tid eller vidtagna åtgärder. Bland tingsrätterna återfinns hänvisningar till såväl det första[79] som det andra konstaterandet,[80] men även till Högsta domstolens påpekande att omständigheter såsom målet omfattning och beskaffenhet, tvisteföremålets värde samt den betydelse som målets utgång haft för parten kan beaktas som del av bedömningen.[81]

Det näst mest använda målet, NJA 2001 s. 657 med 59 hänvisningar, behandlar försäkringsersättning, särskilt frågor om orsakssamband samt värdering av bedömningar som gjorts av dels behandlande läkare, dels försäkringsbolagets läkare. Målet har i tingsrätterna använts bland annat för att belägga att det inte finns anledning att ge försteg åt vare sig behandlande läkare eller försäkringsbolagets läkares bedömning, så till vida att någon särskild kompetens inte föreligger,[82] att bevisbördan för sambandet mellan olycka och skada åligger den enskilde,[83] samt att journalanteckningar är ett viktigt underlag men att dessa även kan vara behäftade med betydande osäkerhet.[84]

### *3.3 ”Big in Bondeska”: Avgöranden som ofta hänvisas till av HD men inte av tingsrätterna*

På motsvarande sätt som det finns avgöranden vilka flitigt brukas av underrätterna, men endast i mycket begränsad omfattning — om alls — av Högsta domstolen, finns det avgöranden som den senare förhållandevis ofta hänvisar till men som ytterst sällan används i tingsrätterna. Det rör sig här, av naturliga skäl, om en mindre volym hänvis-

[77] Se t.ex. Alexander Hardenberger, ”Bevisbördans placering i fordringsmål — en rättsfallsstudie”, SvJT 2018 s. 360.
[78] Se t.ex. Göteborgs tingsrätts dom 2015-05-25 i mål nr T 1724-15, där avsaknaden av lagreglering, betydelsen av rättspraxis samt att frågan om bevisbördans placering slutligen måste avgöras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet, framgår.
[79] Se t.ex. Södertälje tingsrätts dom 2014-09-05 i mål nr T 2510-12 och Uddevalla tingsrätts dom 2014-04-15 i mål nr T 2328-13,
[80] Se t.ex. Malmö tingsrätts dom 2014-01-28 i mål nr T 7265-12.
[81] Se t.ex. Stockholms tingsrätts dom 2014-03-07 i mål nr T 4157-12, Göteborgs tingsrätts dom 2014-03-17 i mål nr T 16066-12, Alingsås tingsrätts dom 2014-05-26 i mål nr T 846-12 samt Halmstad tingsrätts dom 2014-03-06 i mål nr T 1429-13.
[82] Se t.ex. Stockholms tingsrätts dom 2015-01-13 i mål nr T 14095-13, Blekinge tingsrätts dom 2015-12-15 i mål nr T 2545-14, Örebro tingsrätts dom 2015-09-30 i mål nr T 5100-13 och Västmanlands tingsrätts dom 2015-11-27 i mål nr T 4718-14.
[83] Se t.ex. Blekinge tingsrätts dom 2015-12-15 i mål nr T 2545-14.
[84] Se t.ex. Blekinge tingsrätts dom 2015-12-15 i mål nr T 2545-14 och Lunds tingsrätts dom 2015-05-27 i mål nr T 549-14.

ningar. Vi har sammanställt samtliga 27 mål med minst åtta hänvisningar från HD, men maximalt fem hänvisningar från tingsrätterna.[85] Många av de mål som HD hänvisar mest frekvent till är brottmål, varför endast 11 tvistemål återstår. Inget av målen har avgjorts i plenum, fyra av dem har minst en skiljaktig mening och endast ett har ett tillägg för egen del.

Det som förenar många av de mest använda tvistemålen är att de berör frågor om överlåtelse av fastighet. Fokus ligger emellertid inte på mer rutinmässigt förekommande problem vid fastighetsförsäljning, såsom olika former av fel i fastigheten, utan komplexa personförhållanden vid fastighetsöverlåtelse. Exempelvis behandlar NJA 1981 s. 897 och NJA 1984 s. 673 förköpsrätt till fast egendom i samband med gåva från förälder till arvingar och NJA 1982 s. 589 samt NJA 1980 s. 705 huruvida en make respektive maka blivit dold meddelägare i fastighet bland annat genom ekonomiska bidrag till dess förvärvande. På ett liknande sätt som de två sistnämnda målen rör NJA 1981 s. 693 huruvida makar, trots att giftorättsgods uteslutits i äktenskapsförord, gemensamt förvärvat en fastighet, där tomten köpts i makens namn av makans far varefter makarna tillsammans uppfört ett prefabricerat hus på tomten.

Det är noterbart att de ovan nämnda fastighetsmålen är förhållandevis gamla, med majoriteten från början av 1980-talet.[86] Målen används emellertid av HD även på senare tid. Exempelvis hänvisade HD till NJA 1980 s. 705 i NJA 2004 s. 397, angående dold samäganderätt mellan makar till en fritidsfastighet, för att belägga att den avgörande faktorn vid en bedömning om dold samäganderätt är förhållandena vid tidpunkten för förvärvet, men att senare inträffade omständigheter kan ha ett bevisvärde. I NJA 2017 s. 289 angående huruvida den som köper en andel i en fastighet blir bunden av ett villkor som föreskrivits vid gåva av andelen till säljaren att fastigheten inte får säljas på offentlig auktion, diskuterar Högsta domstolen bland annat NJA 1981 s. 897, men noterar att målet inte helt besvarar den aktuella frågan.

Sammanfattningsvis rör de ovan diskuterade målen svåra frågor om personförhållanden på fastighetsförsäljningsområdet, vilka inte är tydligt reglerade. Till skillnad från de mål om bevisfrågor som tingsrätterna frekvent hänvisar till är det emellertid inte fråga om situationer som ofta uppkommer i praktiken och därmed inför de lägre instanserna. Med andra ord är det tydligt att HD lägger stor vikt vid frågor som är svåra, men inte vanligt förekommande.

Övriga exempel på tvistemål som används relativt flitigt av HD inkluderar NJA 1988 s. 429 och NJA 2003 s. 217. Det förstnämnda målet är ett kortfattat beslut som slår fast att resning kan meddelas avseende intermistiskt beslut om vårdnad av barn, det sistnämnda rör skadestånd

[85] De (få) mål som används flitigt av såväl HD som tingsrätterna har behandlats i avsnitt 4.1 ovan. De flesta av de här behandlade målen har aldrig använts av tingsrätterna i vårt dataset.

[86] Vissa korsreferenser förekommer. Exempelvis hänvisar NJA 1982 s. 589 till NJA 1980 s. 705 och NJA 1981 s. 693.

från staten med anledning av brott mot EKMR. NJA 1988 s. 429 används av HD i andra mål angående resning, exempelvis i NJA 2012 s. 824 angående resning avseende tillfälligt näringsförbud. NJA 2003 s. 217 är intressant, särskilt i jämförelse med ovan nämnda NJA 2005 s. 462.[87] Båda målen rör skadestånd från staten för brott mot EKMR, men 2005 års mål används i betydligt större utsträckning i tingsrätterna.[88] I Högsta domstolen används de två målen ofta tillsammans, för att betona betydelsen av konventionskonform tolkning av svensk lagstiftning och att det, i dessa situationer, inte är möjligt att upprätthålla vissa begränsningar vad gäller möjligheten att erhålla skadestånd från staten.[89] Det finns även exempel på att domstolen bygger liknande resonemang enbart med hänvisning till NJA 2003 s. 217.[90]

## 4 Slutsatser: Vilken vägledning ger vägledaren?

Som diskuterades inledningsvis i denna artikel framgår det av rättegångsbalkens dispensregler och av förarbetena till dessa att Högsta domstolens huvudsakliga uppgift i det svenska rättssystemet är att leda rättstillämpningen, i synnerhet på områden där detta är ”av vikt”, och att främja enhetlig lagtolkning eller, vilket möjligen är ett något bredare koncept, rättsenhetlighet.[91] Detta ger ledning om vilken roll HD-avgöranden är avsedda att ha i det svenska rättssystemet och, följaktligen, en bas för att avgöra om de faktiskt uppfyller denna roll. I samband med Högsta domstolens 200-årsjubileum skrev dåvarande justitieministern Laila Freivalds att ”Högsta domstolens huvuduppgift är att svara för prejudikatbildningen, dvs. att skapa avgöranden som är vägledande för rättstillämpningen vid de allmänna domstolarna”.[92]

Ur ett kvantitativt perspektiv tycks det som att endast en begränsad andel av Högsta domstolens avgöranden faktiskt är vägledande för rättstillämpningen vid de allmänna domstolarna då, som demonstrerats ovan, tingsrätterna endast hänvisar till en relativt liten andel av Högsta domstolens avgöranden. Även under den tidsperiod då de är som mest aktuella hänvisar tingsrätterna som mest till två av tre HD-avgöranden. Omvänt uttryckt har ett av tre HD-avgöranden inte ens under den tid då de är som mest relevanta någon mätbar vägledande effekt på tingsrätternas rättstillämpning. Att sannolikheten för att tingsrätterna hänvisar till ett visst HD-avgörande sjunker konstant över tid tyder på att prejudikatens betydelse som rättskälla sjunker över tid, men den kan inte förklara varför även många tämligen nya HD-avgöranden aldrig eller mycket sällan hänvisas till av tingsrätterna. Vi finner istället att den mest sannolika förklaringen till varför tingsrätterna inte

[87] Se avsnitt 4.1 ovan.
[88] NJA 2005 s. 462 har 17 hänvisningar och NJA 2003 s. 217 har 5 hänvisningar i vårt dataset från tingsrätterna.
[89] Se exempelvis NJA 2007 s. 584, NJA 2009 s. 463 och NJA 2010 s. 112.
[90] Se exempelvis NJA 2007 s. 891 och NJA 2011 s. 411.
[91] Se ovan avsnitt 1.
[92] Laila Freivalds, ”Högsta domstolens roll — dagsläget och framtiden”, SvJT 1989 s. 170, på s. 170.

hänvisar till många HD-avgöranden, eller endast i tämligen begränsad omfattning gör det, är att Högsta domstolen i hög grad prövar mål och frågor som mycket sällan kommer inför landets tingsrätter.

Betyder detta att Högsta domstolen brister i sitt uppdrag att vägleda rättstillämpningen? Inte nödvändigtvis. Av vår genomgång att döma tycks Högsta domstolen rikta sin uppmärksamhet på komplexa rättsfrågor som saknar klart svar, många av principiellt stor betydelse, och genom att besvara dessa bidrar Högsta domstolens avgöranden till att klargöra rättsläget. Det står dock tämligen klart att domstolens dispensprövning och prejudikatbildning inte vilar på en behovsprövning i bemärkelsen att HD särskilt inriktar sig på att pröva mål och frågor som är vanligt förekommande i underrätterna och där dessa har behov av vägledande avgöranden. Om detta är lagstiftarens eller domstolens ambition bör åtgärder övervägas.

Ekelöf & Edelstam påpekar riktigt att det är förhållandevis lätt för lagstiftaren att reglera de i praktiken vanligaste förekommande typfallen och att prejudikatbildarens uppgift framför allt består i att fastställa vad som gäller i mer säregna och svårbedömda fall.[93] Högsta domstolens rättspraxis kommer därför inte nödvändigtvis, eller ens rimligtvis, att vara bland de i rättstillämpningen mest flitigt använda rättskällorna. Detta innebär emellertid inte av Högsta domstolens resursanvändning är ovidkommande, eller en fråga som inte kan utvärderas eller diskuteras. Genom att lägga den empiriska grunden vad gäller bruket av Högsta domstolens rättspraxis i tingsrätterna avser denna artikel att vara en del av denna diskussion.

[93] Ekelöf & Edelstam 2009, s. 144.