

Prejudikat som ska, bör, kan och inte kan beaktas

BJÖRN SANDVIK*

1. Inledning

Det är en truism att påpeka att prejudikat är en viktig rättskälla. Det är även självklart att betydelsen av prejudikat accentueras inom områden där lagstiftning saknas såsom inom betydande delar av förmögenhetsrätten. En viktig funktion för prejudikat blir då att bidra till utvecklingen av allmänna rättsprinciper och att peka på utrymmet för laganalogier. Central förmögenhetsrättslig lagstiftning, som exempelvis våra nordiska avtals- och skuldebrevslagar, är dessutom ålderstigen. Lagarna är kort sagt produkter av sin tid och det kan vara särskilt svårt att få ledning av förarbetena. Ett annat utmärkande drag är att lagstiftningen är ofullständig, elastisk och ger stort utrymme för reella överväganden och prövning *in casu* etc. Många rättsliga fenomen och grundsatser kan över huvud taget inte formuleras i uttömmande lagnormer; det är rättstekniskt omöjligt att ringa in rättstillståndet utan att normen görs så allmän att den blir praktiskt taget intetsägande. Lagstiftaren lämnar inte sällan uttryckligen olika frågor till rättsutveckling genom rättspraxis.¹ Över huvud taget har nordiskt lagstiftningsarbete på förmögenhetsrättens område präglats mera av politisk och rättslig pragmatism än strävan till heltäckande kodifiering.²

Allt detta och mer därtill pekar på *betydelsen* av prejudikat som rättskälla inom förmögenhetsrätten. Men det säger i sig inget om *värdet* av prejudikat. Prejudikatvärdet kan givetvis variera även inom områden där prejudikat får särskilt stor betydelse vid sidan om andra rättskällor.

* Professor i privaträtt vid Åbo Akademi.

¹ Se t.ex. propositionen till den finska köplagen RP 93/1986 rd s. 76 och propositionen till den finska skadeståndslagen RP 187/1973 rd s. 12.

² Se även om den nordiska pragmatismen t.ex. Sverre Blandhol i Mads Bryde Andersen m.fl. (red.), *Aftaleloven 100 år* (Copenhagen: DJØF Publishing 2015) s. 37 ff.

Vad som över huvud taget kan uppfattas som prejudikat är en diskussion i sig. I det följande avses med prejudikat inom förmögenhetsrätten endast s.k. årsboksfall av den finska högsta domstolen. Även då blir prejudikatvärdet beroende av en mångfald omständigheter. Avsikten här är inte att samlat redogöra för dessa omständigheter; det skulle kräva alltför stort utrymme och sådana redogörelser har hur som helst gjorts av andra.³ Syftet med denna korta uppsats är istället att mera översiktligt och exemplifierande behandla variationer i prejudikatvärdet från systematisk synpunkt. I nordisk rätt betraktas prejudikat som känt inte som någon bindande rättskälla. Med exempelvis Aleksander Peczeniks terminologi hör enkelt uttryckt prejudikat till de svagt förpliktande rättskällorna, från vilka avvikelser dock *bör* motiveras. Bland annat lagstiftningen är däremot en starkt förpliktande rättskälla som därför *ska* beaktas. Och den rättsvetenskapliga litteraturen är exempel på en rättskälla som över huvud taget inte är förpliktande men som *får* beaktas.⁴ Detta må gälla ur *rättskällevärdets interna synvinkel*.

Samtidigt är det klart att prejudikat inte är någon homogen rättskälla. Om perspektivet flyttas till en *prejudikatintern synvinkel* förekommer betydande variationer i prejudikatvärdet med beaktande av vilken faktisk vägledning som kan hämtas ur prejudikat. En meningsfull juridisk argumentation förutsätter att prejudikatvärdet klargörs. Beroende på variationer i prejudikatvärdet kan i huvudsak fyra olika nivåer särskiljas: 1) starka ska-prejudikat, 2) normala bör-prejudikat, 3) svaga kan-prejudikat och 4) avgöranden som inte kan beaktas som prejudikat. Prejudikat inom den första nivån är inte så vanliga. Det är fortsättningsvis inte fråga om en bindande rättskälla, men sådana prejudikat *ska* beaktas. Avvikelser från prejudikatet kräver särskilt starka skäl. Prejudikat inom den andra "normalnivån" *bör* beaktas. Avvi-

³ Senast i Sverige av Christina Ramberg i boken *Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten* (Stockholm: Wolter Kluwers 2017). Från Finland kan här nämnas Kauko Wikström, *Oikeuskäytännön tulkinnasta [Om tolkning av rättspraxis]* (Vammala: Suomalainen Lakimiesyhdistys 1979), Pekka Timonen, *Ennakkotapaukset ja niiden merkitys oikeuslähteenä [Prejudikat och deras betydelse som rättskälla]* (Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus 1987), Raimo Siltala, *A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to Post-Analytical Philosophy of Law* (Oxford: Hart Publishing 2000).

⁴ Indelningen presenterades ursprungligen av Aleksander Peczenik i *Juridikens metodproblem* (Stockholm: Almqvist & Wiksell 1974) s. 48 ff. Se även Aleksander Peczenik i t.ex. *Rätten och förnuftet* (Lund: Norstedts 1986) s. 200 ff. och *Vad är rätt?* (Stockholm: Norstedts 1995) s. 213 ff. Peczeniks systematisering har omfattats av också finska rättsvetare. Se t.ex. Aulis Aarnio i *Oikeussäännösten tulkinnasta [Om tolkning av rättsnormer]* (Helsinki: Juridica 1982) s. 94 ff. och Timonen, *Ennakkotapaukset ja niiden merkitys oikeuslähteenä* s. 130 ff.

kelser från prejudikatet kräver inte lika starka skäl som i den första nivån. Prejudikat inom den tredje nivån har osäkert prejudikatvärde men *kan* beaktas som prejudikat. Lika säkra slutsatser kan dock inte dras som inom den andra nivån. Den fjärde nivån *kan inte* beaktas som prejudikat sedan det väl visats att prejudikatvärde saknas. Det bör understrykas att olika nivåer kan förekomma inom ett och samma rättsfall. Ett avgörande behöver inte till alla delar sakna prejudikatvärde, eller värdet kan bli svagt i endast något avseende osv.

I det följande exemplifieras de olika nivåerna med förmögenhetsrättsliga rättsfall hämtade från högsta domstolen i Finland. Det normala blir som sådant mindre intressant i sammanhanget. Intresset riktas särskilt till starka ska-prejudikat, svaga kan-prejudikat samt fall som inte kan beaktas som prejudikat. Vissa anknytningar görs dock även till normala bör-prejudikat för att illustrera skillnaderna och den glidande övergången mellan de olika nivåerna. Det är närmast vissa typsituationer som lyfts fram. Föredragsformen har bibehållits och referenser har inarbetats i endast begränsad utsträckning.

2. Starka ska-prejudikat

I rättsfallet HD 2010:23 var det fråga om privat parkeringsövervakning. En innehavare av ett privat område hade slutit avtal med ett företag om parkeringsövervakning på området. Vid infarten till området skyltades att parkering var tillåtet på angivna platser för dem som hade lov till detta. Av skyltningen framgick att parkeringen övervakades av företaget, att företaget tar ut en övervakningsavgift om 40 euro av dem som parkerar i strid med villkoren, samt att villkoren godkänns genom parkering. En bilförare som parkerat utan lov påfördes parkeringsavgiften, men föraren bestred skyldigheten att betala avgiften. Fråga var om parkeringen innebar att det mellan företaget och föraren hade uppkommit ett avtal enligt villkoren på skyltarna, i stöd av vilket avtal föraren var skyldig att betala övervakningsavgiften om parkeringen skett i strid med villkoren.

HD fann efter omröstning (3–2) att ett avtal hade uppkommit mellan företaget och bilföraren och att föraren skulle betala parkeringsavgiften. Majoriteten uttalade bland annat att det sedan länge konstaterats att nya förfarandesätt medfört att alla sätt för slutande av avtal inte kan förklaras enligt avtalslagens modell för avtalsslut. Det hänvisas särskilt till olika tekniska hjälpmedel för avtalsingående såsom olika automater och till dagliga masstransaktioner. Majoriteten konstaterade vidare att parkeringsövervak-

ning har nämnts som ett exempel på ett avtal utanför avtalslagens modell. Finlands högsta domstol hänvisar sällan till litteratur, men Kurt Grönfors syn på vad han kallar avtalsgrundande rättsfakta förefaller i vart fall inte ha varit obekant.⁵ Minoriteten omfattade i och för sig att alla avtal inte kan förklaras enligt avtalslagens modell för avtalsslut. Men minoriteten fann att avtal inte uppkommit genom parkeringen i det konkreta fallet, varför övervakningsavgiften inte skulle betalas.

Enligt min uppfattning är HD 2010:23 som sådant knappast särskilt uppseendeväckande, men det är ett nyttigt klargörande. Vid tidpunkten för avgörandet hade nämligen förts en omfattande offentliga debatt om privat parkeringsövervakning. Och i den rättsvetenskapliga litteraturen hade Janne Kaisto och Frey Nybergh så sent som år 2008 ställt sig skeptiskt till privat parkeringsövervakning som en avtalskonstruktion.⁶ Ett prejudikat behövdes. Som ett isolerat fall (och oberoende av omröstningen; se nedan avsnitt 3) representerar fallet ett normalt bör-prejudikat. Men fallet har en fortsättning som gör att bilden förändras på ett markant sätt. Fortsättningen hänger samman med ett lagförslag om parkeringsövervakning och utmynnar i vad som nog får beskrivas som en viss maktkamp mellan högsta domstolen och riksdagens grundlagsutskott.

Finland har ingen författningsdomstol. Istället har vi ett system för övervakning av lagars grundlagsenlighet som karaktäriseras som ett parlamentariskt och på abstrakt normkontroll baserat system. Huvudvikten är förlagd till förhandskontroll av riksdagens grundlagsutskott som den högsta uttolkaren av grundlagen.⁷ Vid sidan om denna kontroll har i grundlagens 106 § införts en kompletterande möjlighet till efterhandskontroll av lagars grundlagsenlighet. Om nämligen tillämpningen av en lagbestämmelse i ett ärende som behandlas av en domstol ”uppenbart skulle strida mot grundlagen” ska domstolen ge grundlagsbestämmelsen företräde.⁸ Men en domstol kan inte i

⁵ Kurt Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta* (Stockholm: Nerenius & Santérus Förlag 1993), se särskilt s. 52 f. om parkeringsövervakning.

⁶ Janne Kaisto – Frey Nybergh, *Pysäköijän maksuvelvollisuudesta [Om parkerarens betalningsskyldighet]* (Helsinki: Forum Iuris 2008).

⁷ Se för en svenskspråkig översikt Markku Suksi, *Finlands statsrätt* (Åbo: Institutet för mänskliga rättigheter vid Åbo Akademi 2002) s. 62 f.

⁸ Se vidare och för kritik mot hanteringen av grundlagens 106 § i fallet HD 2004:26 Björn Sandvik i *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland (JFT)* 2005 s. 89 ff. Bestämmelsen är i sig de facto något problematisk och i fallet tillämpades 106 § på ett sätt som inte kan ha varit avsikten med stadgandet. Det hade inte heller varit nödvändigt att tillämpa stadgandet för att komma fram till domen.

stöd av 106 § generellt proklamera att ett lagstadgande är grundlagsvidrigt. Domstolen kan endast i det konkreta fallet ge grundlagen företräde. I motiven till grundlagen understryks att 106 § i själva verket ”understryker riksdagens ställning som högsta statsorgan, vars lagstiftningsbeslut inte allmänt kan ifrågasättas”.⁹

Kort efter HD 2010:23 avläts regeringens proposition till riksdagen med förslag till revidering av lagstiftningen om parkeringsövervakning.¹⁰ I förslaget ingick även nya stadganden om privat parkeringsövervakning. I förslaget hänvisades till det färska HD 2010:23. Under riksdagsbehandlingen remitterades lagförslaget till grundlagsutskott för utlåtande. I sitt utlåtande fann utskottet bland annat att parkeringsövervakning är sådan betydande utövning av offentlig makt som inte kan överföras till privata aktörer i vanlig lagstiftningsordning.¹¹ I klartext betyder utskottets syn att privat parkeringsövervakning är grundlagsvidrigt så länge sådan särskild lagstiftning saknas. Det aktuella lagförslaget förkastades sedan som följd av grundlagsutskottets utlåtande.

Om den offentliga debatten om privat parkeringsövervakning var livlig innan HD 2010:23 så avmattades den åtminstone inte efter grundlagsutskottets utlåtande. En konsekvens av grundlagsutskottets utlåtande var att bilföraren i HD 2010:23 väckte talan om återbrytande av domen. Enligt föraren hade domen i HD 2010:23 baserats på uppenbart oriktig tillämpning av lag eftersom den stred mot grundlagen såsom den tolkats av grundlagsutskottet.

Kravet på återbrytande behandlades i HD 2011:43. Den tidigare domen ansågs inte ha baserats på uppenbart oriktig tillämpning av lag och skulle inte återbrytas. HD betonade bland annat att grundlagsutskottets uppgift inte är att ge bindande utlåtanden till domstolar, men att utskottets utlåtanden har väsentlig faktisk betydelse vid tillämpningen av exempelvis grundlagens 106 § om grundlagens företräde. Men enligt HD har grundlagsutskottets samlade utlåtandep Praxis om betydande utövning av offentlig makt ”gällt så olika situationer att man enligt högsta domstolens bedömning inte av den kan härleda ett entydigt och absolut nekande svar på frågan om privat parkeringsövervakning kan baseras på avtal.” Doktrinen ansågs (utan hänvisningar) inte ge något klart svar på vad som utgör betydande utövning av

⁹ Se RP 1/1998 rd s. 163.

¹⁰ RP 223/2010 rd.

¹¹ GrUU 57/2010.

offentlig makt utanför vissa kärnområden. Enligt HD hade den avgörande frågan varit tolkningsbar och i anmärkningsvärt kortfattade ordalag ansågs det ”inte ha ändrats av grundlagsutskottet senare utlåtande om [... grundlagsförenligheten av] lagförslaget om privat parkeringsövervakning”.¹² – Detta alltså även om grundlagsutskottet, väl medvetet om HD 2010:23, uttryckligen funnit att parkeringsövervakning är sådan betydande utövning av offentlig makt som inte kan överföras till privata aktörer genom lag i vanlig lagstiftningsordning. Utan erforderlig lagstiftning kan enligt utskottet parkeringsövervakning inte grundlagsenligt baseras på avtal.

Det kan tilläggas att högsta domstolen år 2014 inte beviljade besvärstillstånd i ett mål där en bilförare ålagts betala övervakningsavgift till en privat parkeringsövervakare. Synbarligen var enligt HD rättsläget redan klargjort från förmögenhetsrättslig synpunkt – oberoende av alla statsförfattningsrättsliga invändningar. Även om vissa fortsatta försök gjordes har någon lag om privat parkeringsövervakning inte tillkommit i Finland; det blev nog alltför kontroversiellt. Men privat parkeringsövervakning har inte försvunnit. HD:s grundläggande tolkning i nämnda fall har fått orubbad genomslagskraft i den fortsatta rättstillämpningen om privat parkeringsövervakning. Sammantaget måste HD 2010:23 och HD 2011:43 betraktas som starka ska-prejudikat. För nog är det med lov sagt en tolkning som närmast trotsigt, för att inte säga uppstudsigt, vidhålls av HD och uppenbarligen går det inte att komma runt prejudikaten ens genom att vifta med grundlagen även om det är självaste grundlagsutskottet som viftar.¹³ Enligt min uppfattning är det gott och väl.

3. Svaga kan-prejudikat

Inom nivån för svaga kan-prejudikat är naturligtvis en mängd konstellationer tänkbara. Det gemensamma är att prejudikatverkan blir oklar på ett sådant sätt att rättsfallet inte utan vidare kan anses vägledande. Fallet kan visserligen beaktas som prejudikat, men lika säkra slutsatser kan ändå aldrig göras som i förhållande till normala bör-prejudikat. Skälen för att hålla fast vid prejudikatet är svagare än då det gäller bör-prejudikat. Om det inte går

¹² Citaten fritt översatta från punkterna 17 och 19 i domskälen.

¹³ Det ska tilläggas att högsta domstolen i Finland i övrigt har visat sig vara nog så lyhörd för både grundlagen och mänskliga fri- och rättigheter. Se bland HD:s praxis t.ex. HD 1984 II 95, HD 1993:58, HD 2004:26, HD 2008:10, HD 2011:11, HD 2012:81, HD 2013:52 och HD 2016:57.

att motivera för att fallet har åtminstone visst prejudikatvärde förpassas fallet till den fjärde nivån som över huvud taget inte kan beaktas som prejudikat. Övergången mellan de olika nivåerna är glidande och olika uppfattningar kan förekomma om till vilken nivå ett prejudikat hör.

En utgångspunkt är att omröstningsfall formellt inte har någon betydelse för prejudikatvärdet. Det gäller i vart fall typiska s.k. 3–2 och 4–1 prejudikat. Man får i all händelse med relativt stor sannolikhet räkna med att majoritetssynen följs av HD själv om frågan skulle komma till ny bedömning av HD. Se även de ovan behandlade parkeringsfallen HD 2010:23 (omröstning 3–2) och HD 2011:43 (enhälligt), låt vara att situationen där var speciell. Inte desto mindre kan prejudikatvärdet rent faktiskt påverkas av att domen nåddes genom omröstning, även om det faktum att meningarna är delade i sig knappast medför att fallet blir ett svagt kan-prejudikat. Men om rättsfallet ger ofullständigt besked om principinställningen lär det nog bli av större betydelse att domen inte är enhällig. HD 1983 II 187 är ett närmast extremt sådant omröstningsfall. Fallet gäller tolkningen av ”synnerligen vägande skäl” som grund för ersättande av ren förmögenhetsskada enligt skadeståndslagen (5:1).

I HD 1983 II 187 hade en affärsidkare uppsagt en arbetstagares arbetsavtal. Enligt arbetstagaren hade uppsägning skett utan grund och parterna hade inlett förhandlingar. I förhandlingarna hade affärsidkaren gått med på att betala ersättning till arbetstagaren men ingen överenskommelse hade nåtts om ersättningens storlek. I syfte att utöva påtryckning mot arbetsgivaren vid förhandlingarna hade den fackliga lokalorganisationen genom tidningsannonser verkställt en inköpsbojkott mot affärsidkarens affärer och bojkotten stöddes av en fackavdelning. Efter omröstning ansågs lokalorganisationen ha handlat i strid med god sed. Men eftersom även affärsidkaren hade förfarit klandervärdt då arbetstagaren sades upp förelåg det inte synnerligen vägande skäl att ålägga organisationen att betala skadestånd till affärsidkaren för den skada som orsakats av bojkotten.

Omröstningen i fallet var speciell. Slutresultatet, dvs. att skadan inte skulle ersättas, bygger på rösterna 3–2. Minoriteten hade utdömt skadestånd med motiveringen att synnerligen vägande skäl förelåg då lokalorganisationens handlande stred mot god sed. Men också majoritetens samtliga sätt att motivera avvek från varandra, varför rösterna egentligen utföll 1–1–1–2. Domen formulerades på basis av ordförandes motiveringar. Föga förvånande medförde HD 1983 II 187 en livlig principiell diskussion om köpbojkot-

ter och tolkningen av synnerligen vägande skäl enligt skadeståndslagen.¹⁴ Som sådant ger fallet egentligen begränsad allmän vägledning. Från den synvinkeln representerar HD 1983 II 187 som jag uppfattar det ett svagt kan-prejudikat. Till det kommer mera generellt att HD:s kasuistiska praxis om ”stridande mot god sed” som synnerligen vägande skäl för ersättande av ren förmögenhetsskada ofta saknat bärande principuttalanden.¹⁵ Enskilda fall rymmer inte nödvändigtvis hela sanningen. Det kan krävas en räckta fall innan rättsläget framträder klarare och prejudikatvärdet ”normaliseras”.

Parternas processföring och processuella faktorer kan självfallet påverka prejudikatvärdet.

Högsta domstolen kan också missa nyanser som kunde ha påverkat utgången i målet, eller domstolen kanske inte tillräckligt beaktat konsekvenserna av en tolkning. Det kan illustreras med HD 1994:94 jämfört med HD 2003:124 kompletterat med det färskaste fallet HD 2016:86.

HD 1994:94 är ett klassiskt s.k. elkabelfall där elledning skadats så att de som är beroende av en oavbruten strömtilleförsel drabbas av skador. I fallet hade en helikopter skadat en elledning så att strömtilleförseln till fyra fabriker bröts med produktionsstopp och förmögenhetsförluster som följd. I fallet tillämpades 1923 års luftfartslag med ett skadeståndsansvar oberoende av vållande för person- och sakskador. Fabrikena ägde inte elledningen och hade inte heller något annat konkret och närliggande intresse i den. Förlusterna kunde därför inte ersättas som sakskada utan var icke ersättningsgilla tredjemansskador. HD 2003:124 är det första finska elkabelfallet som prövats enligt skadeståndslagen. Med upprepande av domskälen i HD 1994:94 ansågs det var fråga om sådana tredjemansskador som inte ersätts. HD beaktar dock inte att skadebilden skiljde sig åt mellan fallen. HD 1994:94 gäller enbart förmögenhetsförluster, medan en skadelidande i HD 2003:124 hade drabbats av också anläggningsskador då eltilleförseln bröts.¹⁶ Prejudikatvärdet blir redan därför oklart. I HD 2016:86 ansågs dock en indirekt egendomsskada uttryckligen vara en sådan ”indirekt tredjemans sakskada” som i allmänhet inte ersätts. HD:s tolkning är en skadeståndsrättslig innovation som

¹⁴ Se t.ex. Hannu Tapani Klami, *Defensor Legis* (DL) 1984 s. 168 ff., Eero Routamo, DL 1984 s. 287 ff., Niklas Bruun, *Lakimies* (LM) 1984 s. 873 ff., Eero Routamo, LM 1985 s. 74 ff. och Niklas Bruun, *JFT* 1985 s. 522 ff.

¹⁵ Se Lena Sisula-Tulokas, *Ren ekonomisk skada* (Helsingfors: Lakimiesliiton Kustannus 2012) s. 242 ff.

¹⁶ Se närmare om fallen t.ex. Björn Sandvik, *SvJT* 2015 s. 625 ff., särskilt s. 635 f.

avviker från både doktrinen¹⁷ och försäkringspraxis.¹⁸ Tolkningen kan – om den verkligen följs – få långtgående och oanade konsekvenser.¹⁹ Som jag ser det måste prejudikatvärdet fortsättningsvis bli svagt, till och med mycket svagt.

Ett klassiskt exempel på rättsfall som kan vara svaga kan-prejudikat är ålderstigna rättsfall. Även om lagstiftningen inte ändrat kan exempelvis ny teknik eller förändrad rätts- eller samhällsuppfattning inverka på prejudikatvärdet. Eller ny lagstiftning kanske inte helt ändrat rättsläget, men det är oklart exakt hur den nya lagstiftningen förhåller sig till äldre rätt inklusive tidigare prejudikat. Köplagen är ett talande exempel på det. En genomgående svårighet vid hanteringen av köplagen är att bedöma vilken vägledning som kan hämtas från tidigare rättspraxis. För finsk del kompliceras alla bedömningar dels av att en enhetlig och konsekvent köplagstiftning saknades innan 1987 års köplag, dels av att särskilt äldre finska HD-avgöranden lämnar mycket att önska då det gäller domskälens tydlighet och utförlighet. På ett flertal punkter utgör emellertid köplagen närmast en kodifiering och bekräftelse av det tidigare rättsläget. Till denna del bör också tidigare rättspraxis kunna tillmätas relevans, dock med iakttagande av försiktighet. I brist på säkra hållpunkter står man inför svaga kan-prejudikat. Men köplagen har också i flera avseenden brutit med det tidigare rättsläget och då är det även uppenbart att äldre avgöranden måste ha förlorat sitt prejudikatvärde. Frågan om förhållandet mellan äldre rättspraxis och köplagen aktualiserades i HD 2014:61. Som ska framgå i det följande kan fallet i det avseendet knappast tillskrivas något prejudikatvärde.

4. Fall som inte kan beaktas som prejudikat

Liksom i övrigt kan en mängd faktorer också medföra att ett rättsfall inte kan beaktas som prejudikat. Ett enkelt typexempel är ingrepp av lagstiftaren som gör att tidigare prejudikat förlorar sitt värde som prejudikat. Impulsen att

¹⁷ Se bland doktrinen redan t.ex. Hans Saxén, *Skadeståndsrätt* (Åbo: Åbo Akademi 1975) s. 62 f.

¹⁸ Bland försäkringspraxis kan hänvisas till exempelvis försäkringsnämndens rekommendation VKL 645/13 (9.10.2014).

¹⁹ Fallet HD 2016:86 har kommenterats på svenska – inte utan kritik – av Lena Sisula-Tulokas, *JFT* 2017 s. 91 ff. För omfattande kritik – dock på finska – mot HD:s linjedragningar i olika fall som behandlats som tredjemansskador kan hänvisas till Björn Sandvik, *DL* 2017 s. 777 ff.

lagstifta kan komma från prejudikat som medför problem eller som pekar på brister i lagstiftningen. Högsta domstolen kan själv eliminera prejudikatvärdet av tidigare prejudikat genom att ändra sin tolkning, även om det inte är så vanligt. Vanligare är nog att högsta domstolens linje inte är helt konsekvent från principiell synpunkt, vilket naturligtvis är ägnat att i åtminstone någon mån försvaga prejudikatvärdet.²⁰ Hur som helst kan en ändrad eller justerad tolkning av HD medföra att det krävs en räkna nya prejudikat innan rättsläget klarnar och i bästa fall stabiliseras. För övrigt kan en räkna prejudikat som utbildats under lång tid och som kanske satt spår också i lagstiftningen sammantaget anta karaktären av starka ska-prejudikat. I alla fall behöver en ändrad tolkning inte medföra att äldre prejudikatbildning omedelbart till alla delar förlora sitt värde som prejudikat. Det kan ske successivt under en längre tid via nivån för svaga kan-prejudikat. Och även om HD till synes drar undan stödet för tidigare prejudikat bör man som alltid akta sig för förhasade slutsatser. Det får illustreras av köplagsfallet HD 2014:61.

Fallet HD 2014:61 gäller frågan om köparens regresskrav för avtalsvite till tredjeman ska betraktas som direkt eller indirekt förlust enligt köplagen. Enligt avtalet svarade säljaren endast för direkta förluster, men ”direkt förlust” preciserades inte i avtalet. HD tolkade därför avtalet med ledning av köplagens oerhört komplicerade differentiering mellan direkt och indirekt förlust (67.2 §) och fann att förlusten var en sådan indirekt förlust som inte skulle ersättas av säljaren. Fallet klargör tillsammans med det tidigare HD 2012:101 en fråga som har varit särskilt omtvistad i litteraturen. Olika uppfattningar har anförts om regresskrav ska behandlas som direkt eller indirekt förlust och regresskrav för avtalsviten har varit särskilt omdiskuterade. I det avseende representerar HD 2014:61 ett normalt bör-prejudikat.

I fallet uttalar sig emellertid HD även om betydelsen av prejudikat från tiden före köplagen. Enligt HD var i regresskravet avtalsvitet i vart fall indirekt förlust i form av ”annan liknande svårförutsebar förlust” enligt den finska köplagen. I det äldre fallet HD 1977 II 74 har ett regresskrav för avtalsvite däremot bedömts som förutsebar förlust. HD uttalade dock att det äldre fallet ”*inte längre är relevant vid tolkningen*” eftersom differentieringen mellan direkt och indirekt förlust infördes med köplagen och syftade till att begränsa skadeståndsansvaret jämfört med tidigare rätt.²¹ Det är oklart

²⁰ Se t.ex. Olli Norros, LM 2013 s. 937 om möjligheterna till s.k. direktkrav mot annan än den egna avtalsparten och HD:s linjedragningar i särskilt HD 2008:31, HD 2009:92 och HD 2013:33 jämfört med HD:s tidigare praxis.

²¹ Citatet ordagrant översatt från punkt 13 i domskälen.

om det är fråga om slarvig skrivning eller ett uttalande med oanat djupsinne.²² Syftet med köplagen är visserligen att begränsa skadeståndsansvaret för indirekt förlust genom att knyta ansvaret till vårdslöshet eller, vid fel i varan, avvikelse från särskild utfästelse. HD 1977 II 74 gäller emellertid förutsebarheten vid adekvansbedömningen. Syftet med köplagen har uttryckligen inte varit att åstadkomma någon förändring i de allmänna lärorna om adekvansbedömning.²³ HD 1977 II 74 har knappast förlorat sin relevans för tolkningen av (bland annat) köplagen. Men fallet gäller helt enkelt en annan rättsfråga än avtalsvitets karaktär som direkt eller indirekt förlust. Möjligen menar HD precis det. Men man ska inte behöva gissa sig till vad HD som prejudikatsdomstol menar och gissningar saknar helt säkert prejudikatvärde.

Enligt det svenska justitierådet Johan Lind får man visserligen inte säga att högsta domstolen dömt fel. Kritik är i och för sig inte otillåtet, men som forskare ska man veta sin plats och hellre försöka förstå, jämföra och systematisera än säga att det är feldömt.²⁴ Lind är knappast ensam om sin uppfattning.²⁵ Inte desto mindre dryftar jag mig till att påstå att också de högsta domstolarna ibland misstar sig. Det inverkar självfallet på prejudikatvärdet som också kan gå förlorat. För att prejudikatvärdet ska gå helt förlorat torde dock ofta krävas att HD själv medger mistaget i ett nytt prejudikat eller att mistaget korrigeras genom lagstiftning.

Internationellt privaträttsliga regler kan som känt medföra att en domstol ska tillämpa utländsk rätt. Det ökar allmänt taget risken för fel. I exempelvis HD 2007:39 hade ett fartyg som bare boat-befraktats av ett norskt bolag orsakat en personskada i Finland. Det norska bolaget var insolvent. I stöd av den lagbestämda och vid insolvens tvingande direktkravsrätten enligt den norska försäkringsavtalslagen (7–6 till 7–8 §) riktade skadelidande sitt krav direkt mot den norska försäkringsgivare som beviljat P&I-försäkring för fartyget.²⁶ Enligt försäkringsavtalet skulle norsk rätt tillämpas på avtalet och tvister avgöras genom skiljeförfarande i Oslo. Fråga var om skiljeklau-

²² Se även rättsfallskommentaren av Björn Sandvik, JFT 2014 s. 381 ff., särskilt s. 387 f.

²³ Se köplagspropositionen RP 93/1986 rd s. 116.

²⁴ Se Johan Lind, JT 1995/96 s. 232 ff. Se också Johan Lind i JT 1996/97 s. 362.

²⁵ Exempelvis anfördes under de nordiska förmögenhetsrättsdagarna 2017 långt liknande synpunkter i en föreläsning av justitierådet Stefan Lindskog.

²⁶ Notera att den finska försäkringsavtalslagens regel om direkt talan mot försäkringsgivaren är av tvingande natur (67.1 §). Men det gäller inte ”sådan sjöförsäkring eller annan transportförsäkring som har tecknats av en näringsidkare”. Som Peter Wetterstein, JFT 2009 s. 2009 s. 81 betonar är detta ”otillfredsställande, särskilt vid redarens insolvens då behovet av direkt talan är störst”.

sulen band också skadelidande tredjeman och enligt vilket lands lag denna fråga skulle avgöras. HD fann att försäkringsgivarens rätt att åberopa skiljeklausulen gentemot skadelidande tredjeman skulle avgöras enligt norsk lag. Skiljeklausulen ansågs binda också skadelidande. Det kan nämnas att högsta domstolen kort innan i fallet HD 2007:18 för finsk del funnit att en skiljeklausul i ett fastighetsköp kunde åberopas i förhållande till tredjeman. I HD 2007:18 var det dock fråga om ogiltigförklarande av ett legoavtal. (Se även t.ex. HD 2013:84 om en skiljeklausul i ett aktieägaravtal.) Det är något avsevärt annat än ett försäkringsrättsligt direktkrav för personskada. Och i fallet HD 2007:39 gjordes en felbedömning. Enligt norsk rätt borde skadelidande uppenbarligen inte ansetts bunden av skiljeklausulen i försäkringsavtalet.²⁷ Utan att här gå in på detaljer talar för övrigt goda skäl för att inställningen i finsk rätt borde vara långt densamma som i Norge. Frågan har inte prövats.

Huruvida det var rätt eller fel dömt i HD 2007:39 kvittar dock med tanke på prejudikatvärdet. För hur högsta domstolen i Finland tolkar norsk lag blir hur som helst inte prejudicerande för varken finsk eller norsk rätt. Det kan tyckas självklart men förtjänar ändå att betonas. I doktrinen har fallet också använts som illustration av den finska inställningen till tredjemans bundenhet av skiljeklausuler.²⁸ Värdet av HD 2007:39 som prejudikat begränsas emellertid till själva lagvalet enligt finsk rätt och i det avseendet är väl fallet ett normalt bör-prejudikat.

5. Avslutningsvis

Som framgått är prejudikat ingen homogen rättskälla hur än rättskälleläran behandlar prejudikat från hierarkisk synvinkel. Från prejudikatintern synvinkel kan prejudikatvärdet variera avsevärt med beaktande av vilken faktisk vägledning som kan hämtas ur prejudikat.

En meningsfull och övertygande juridisk argumentation förutsätter att prejudikatvärdet klargörs så öppet som möjligt, särskilt vid avvikelser från det normala. Perspektivet ovan har varit förmögenhetsrättsligt, men det anförda har givetvis allmän relevans. Oberoende av rättsområde bör var och

²⁷ Se närmare Wetterstein, JFT 2009 s. 73 ff. som kommenterar fallet och grundligt redogör för inställningen i norsk rätt.

²⁸ Se särskilt Marja Boman, *Privity of Contract and Multi-Party Arbitration* (www.edilex.fi) s. 15 f. Även om det betonats att HD 2007:39 gäller norsk rätt har flera praktiker sökt väl långtgående indirekt stöd i fallet då det gäller tredjemans bundenhet av skiljeklausuler enligt finsk rätt.

en som hanterar prejudikat ta ställning till dels vari prejudikatverkan ligger, dels med vilken säkerhet slutsatser kan dras till den del prejudikatverkan anses finnas. Utfallet avgör prejudikatvärdet.

Ovan har kortfattat presenterats en systematisering av prejudikat i fyra olika nivåer utifrån variationer i prejudikatvärdet. Systematiseringen har exemplifierats med rättsfall från finska högsta domstolen. Fallen är givetvis selektivt utvalda. De kan alla med någorlunda enkelhet placeras in i modellen. Mycket kunde förstås tilläggas och fördjupas. Onekligen finns det även en mängd fall som inte med lätthet kan placeras in i de olika nivåerna. Gränsen mellan nivåerna är glidande. Olika uppfattningar kan finnas om till vilken nivå ett visst rättsfall borde hänföras. Uppfattningen kan präglas av olika faktorer och även bakgrunden hos den som hanterar prejudikatet kan ha viss betydelse. Det är exempelvis allmänt känt att en forskare särskilt i olika resonemang *de lege ferenda* kan se med något större frihet på prejudikat än en domare. Men inget av det sagda talar mot själva systematiseringen och det värde den kan ha för den juridiska argumentationen. I all händelse kan systematiseringen tjäna som en överskådlig erinran om att prejudikat bör hanteras med omsorg och eftertänksamhet. Allt är inte guld som glimmar.

