

Får får betyda får eller ska det betyda ska?

*Legalitets- och legitimitetsaspekter på frågan om ändringsplenum i Högsta domstolen**

ALEXANDER UNNERSJÖ**

1. Inledning¹

Det tycks vara en utbredd uppfattning att HD som huvudregel inte kan avvika från en rättsgrundsats som domstolen tidigare antagit, om det inte sker genom ett avgörande i *plenum*, det vill säga med deltagande av samtliga (oförhindrade) justitieråd.² Och när det i litteraturen argumenteras för att

* Har tidigare publicerats i *Festskrift till Svante O. Johansson*, Jure, Stockholm, 2025.

** Universitetslektor.

¹ Anledningen till att jag i denna hyllningsskrift till Svante O. Johansson har valt att skriva om just ändringsplenum är att Svante och jag hade en intressant diskussion om frågan när vi satt bredvid varandra under en middag i höstas, och detta kändes som passande tillfälle att fortsätta diskussionen. Idén till uppsatsen presenterades vid ett lunchseminarium vid Uppsala universitets juridiska fakultet, den 11 december 2024. Ett tack riktas till seminariedeltagarna för alla kloka synpunkter. Tack också till Sofia Sternberg, bibliotekarie, Högsta domstolen, för hjälp med att hitta uppgifter om meddelade pleniavgöranden, Hanna Larsson, doktorand i processrätt, för värdefulla synpunkter på ett sent manusutkast, och professor emeritus Christina Ramberg, som granskat manuset för festskriftskommitténs räkning och därvid lämnat flera goda förslag på förbättring av texten. Ett särskilt tack riktas dessutom till professor emeritus Lars Heuman för alla diskussioner inför och under arbetet med uppsatsen. Även om Lars och jag har olika uppfattningar beträffande hur regeln om ändringsplenum ska tolkas, har dessa diskussioner – som alltid – varit mycket givande.

² Se till exempel Asp, P., Skäl, slut och skiljaktighet – noteringar kring svensk prejudikatlära, SvJT 2021 s. 450 med not 18, Bengtsson, B., Om Högsta domstolens nya skrivsätt, JT 2012–13 s. 749, Bylander, E., Avgöranden utan plenum i Högsta domstolen, JT 2011–12 s. 505, Calissendorff, K., Plenum och skiljaktigheter – vad ska det vara bra för?, SvJT 2017 s. 801 f., Fitger, P., Sörblom, M., Eriksson, T., Hall, P., Palmkvist, R., & Renfors, C., Rättegångsbalken, 3 kap. 6 §, JUNO (version 96, 2024-06-21), Gregow, T., Obiter dictum, något att uppmuntra eller motarbeta? JT 2015–16 s. 38 och 47, densamme, Några synpunkter på frågan om prejudikats bindande verkan, Festskrift till Gösta Walin, Stockholm 2002, s. 117 f. och 124, Heuman, L., Metoder för rättstillämpning och lagtolkning. Generaliseringar, logik och argumentation, Stockholm 2018, s. 35 f. och 375,

HD i ett visst femsitsmål har ändrat ståndpunkt i en rättsfråga antyds ibland att prejudikatvärdet av avgörandet kan ifrågasättas, just mot bakgrund av att ändringen inte skett genom ett pleniavgörande.³ Ibland framförs att HD, utöver att göra nyanseringar och preciseringar av tidigare antagna rättsgrundsatsar, undantagsvis kan avvika från sin egen praxis utan plenum, men då under förutsättning att särskilda kriterier är uppfyllda.⁴

Uppfattningar av dessa slag grundar sig på 3 kap. 6 § första stycket rättegångsbalken.⁵ Där framgår att HD kan hänskjuta ett mål eller en fråga i målet till plenum, om det vid överläggningen framkommer att sitsens uppfattning avviker från en av HD tidigare antagen rättsgrundsats eller lagtolk-

densamme Värdet av en stabil praxis och behovet av en omläggning av praxis. En studie av HD:s och HFD:s plenifall, SvJT 2020 s. 459, densamme i Bernitz m.fl., Finna rätt. Juristens källmaterial och arbetsmetoder, 16 uppl., Stockholm 2023, s. 156, Kieri, O., Obiter dicta i tvistemål och prejudikatbundenhet – att bestämma prejudikatets regler genom processuella regler, JP 2022 s. 118, Lindell, B., Civilprocessen. Rättegång samt skiljeförfarande och medling, 5 uppl., Uppsala 2021, s. 94, Lindkvist, G., Kan en sakfråga bli en rättsfråga? Något om prejudikatvärde för bevisvärderingsprejudikat angående analys av utsagor, JT 2013–14 s. 869 not 34, Munukka J., Är orderskuldebrev negotiabla? Höjd godtroströskel vid förvärv av löpande skuldebrev, s. 474, Schytzer, J., Fordrans uppkomst inom insolvensrätten, Uppsala 2020, s. 41 f. vid och med not 61, Victor, D., Högsta domstolen och prejudikaten – särskilt på straffrättens område, Festskrift till Nils Jareborg, Uppsala 2002, s. 740 f., Welamson, L. & Munck, J., Processen i hovrätt och Högsta domstolen. Rättegång VI, 6 uppl., Stockholm 2022, s. 172 f. och SOU 1986:1 s. 51. Jag har också själv haft denna uppfattning, se Unnersjö, A., Emissionsgarantiens bindande verkan och interventionsbetalarens ställning, JT 2016–17 s. 418 f.

³ Se till exempel Håstad, T., Rättsdogmatik in absurdum, SvJT 2017 s. 360 och 365, Ramberg, J., Stödbrev och den svår fångade partsavsikten, JT 1995–96 s. 831 f., Walleng, K., Att leva som sambo. En civilrättslig studie av det rättsliga skyddet för sambor och om det är i takt med sin tid, Uppsala 2015, s. 214 och Zackariasson, L. & Strömgren, P., Sakrätt beträffande fast egendom, 2 uppl., Stockholm 2025, s. 73 och 297. Jämför Heuman, Metoder för rättstillämpning och lagtolkning, 2018, s. 425 och Håstad, T., Prejudikat eller lagstiftning?, Festskrift till Stefan Lindskog, Stockholm 2018, s. 308 och 316.

⁴ Se till exempel Asp, SvJT 2021 s. 462 f., Calissendorff, SvJT 2017 s. 801 f. och Heuman, SvJT 2020 s. 488 ff. Jämför den lista som finns i Ramberg, C., Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten, Stockholm 2017, s. 210 f., på situationer i vilka det ”kan vara motiverat att avvika från prejudikat”. Jämför även Lindskog, S., Betalning. Om kongruent infrående av penningkulder och andra betalningsrättsliga frågor, 3 uppl., Stockholm 2022, s. 398 med not 1316.

⁵ En för HFD motsvarande bestämmelse till 3 kap. 6 § rättegångsbalken finns i 5 § lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar. Eftersom jag som förmögenhetsrättare har bättre koll på HD än HFD och det nu handlar om att hedra ett från HD avgående justitieråd, har jag valt att fokusera på ändringsplenum i HD och lämna HFD åt sidan. För den som är intresserad av en framställning om plenum som beaktar både HD och HFD kan hänvisas till Heuman, SvJT 2020 s. 453 ff.

ning (så kallat *ändringsplenium*) eller om det är av särskild betydelse för rättstillämpningen att målet eller en fråga avgörs av HD i sin helhet (så kallat *betydelseplenium*). Men stycket är till lydelsen *fakultativt*. Det anger att HD *får* besluta eller döma i plenum – inte att HD ska göra det. Ordalydelsen förmedlar alltså att plenum inte är en plikt utan en möjlighet eller, med ett hohfeldskt uttryckssätt, en frihet som HD har.⁶ Lydelsen till trots hävdas i regel att endast betydelseplenium är fakultativt,⁷ medan ändringsplenium i princip ska uppfattas som obligatoriskt eller att det åtminstone har en stark dragning åt det obligatoriska.⁸ Det synes i huvudsak vara två argument som talar för detta. Det ena går ut på att det följer av *lagstiftarens intentioner* som de kommer till uttryck i förarbetena att domstolen i princip är förpliktad att utnyttja möjligheten att hålla ett plenarsammanträde om den överväger att ändra sin egen praxis.⁹ Det andra argumentet, som tycks vara det oftast åberopade, är att uppfattningen *inom HD* är att regeln är jämförlig med en obligatorisk regel.¹⁰

Även om den vanligaste uppfattningen förefaller vara att regeln om ändringsplenium ska uppfattas som mer eller mindre obligatorisk, så är inte alla överens om att så är fallet.¹¹ I denna uppsats utsätts frågan för en kritisk

⁶ I Hohfeld, W. N., *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, *The Yale Law Journal* 1913 s. 16 ff., används termen "privilege", vilken brukar översättas till "frihet".

⁷ Se till exempel Heuman, SvJT 2020 s. 459.

⁸ Se hänvisningar i not 2. Uttrycket "stark dragning åt det obligatoriska" används av Bylander, JT 2011–12 s. 507.

⁹ Bylander, JT 2011–12 s. 507 f. och 512. Jfr även Heuman, SvJT 2020 s. 461.

¹⁰ Se till exempel Calissendorff, SvJT 2017 s. 801 f., Gregow, *Festskrift Wälin*, 2002, s. 117 f. och 124, Heuman, SvJT 2020 s. 458, Johansson, S. O., Asp, P. & Runesson, E., *Hur man kan förstå prejudikat från Högsta domstolen*, JT 2023–24 s. 873 och Welamson & Munck, *Processen i hovrätt och Högsta domstolen*, 2022, s. 172. Jämför även Bylander, JT 2011–12 s. 507 f., som dock ger uttryck för viss skepsis.

¹¹ Se Ekelöf, P. O. & Edelstam, H., *Rättsmedlen*, 12 uppl., Uppsala 2008, s. 146, Heidbrink, J., *Grundläggande fordrings- och skuldebrevsrätt*, 2 uppl., Lund 2019, s. 145 not 42, Jarnesand, M., *Högsta domstolen och enhetligheten. Om enhetlighetsargumentets betydelse för prejudikatprocessen*, Stockholm 2023, s. 211 och 357, Ramberg, C., *Prejudikat*, 2017, s. 208, Strömholm, S., Lyles, M. & Valguarnera, F., *Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära*, 6 uppl., Stockholm 2020, s. 402 och SOU 2013:12 s. 505. Jämför att Welamson & Munck, *Processen i hovrätt och Högsta domstolen*, 2022, s. 172 anger att stadgandet i 3 kap. 6 § första stycket rättegångsbalken är fakultativt, men att det principiellt inom HD torde uppfattas som jämförligt med en obligatorisk regel. Detta uttalande har emellertid använts som ett belägg för att ändringsplenium i princip ska uppfattas som obligatoriskt, se till exempel Heuman, SvJT 2020 s. 458 f. Jämför även Håstad, T., *Vilken är Högsta domstolens primära uppgift?*, Vidsyn

granskning. Frågan är viktig. Hur regeln ska tolkas har inte endast betydelse för vad HD får eller ska göra när domstolen överväger att avvika från ett tidigare ställningstagande. Det har i förlängningen betydelse för prejudikat-tolkningen. En rättsfallstolkares uppfattning i frågan kan påverka vilka tolkningsresultat hen kommer fram till. Den som uppfattar regeln som obligatorisk kommer förmodligen anstränga sig att tolka ett nyare femsitsavgörande som förenligt med ett äldre, även om avgörandena till ytan är oförenliga, till exempel genom att uppfatta det ena fallet som uttryck för en huvudregel och det andra för en undantagsregel som kan aktualiseras under särskilda omständigheter.¹² Den som tvärtom utgår från att regeln är fakultativ kommer i stället ha lättare att tolka det nya fallet som ett avståndstagande från en tidigare ordning.¹³ Vilken tolkning som är riktigast beror på vad som egentligen gäller i plenifrågan. Om vi inte kritiskt diskuterar innebörden av regeln om ändringsplenum finns det med andra ord risk att vi tolkar prejudikat med utgångspunkt i felaktiga premisser.

Från frågan om HD är skyldig att hänskjuta ändringar till plenum måste skiljas frågan om det i avnämmarkretsen anses vara så att säga bra eller dåligt att en ändring sker i ett femsitsmål. Legalitetsaspekterna måste skiljas från legitimitetsaspekterna. Det kan inte uteslutas att en påverkansfaktor för ett avgörandes praktiska prejudikatvärde är i vilken grad avgörandet uppfattas som legitimt.¹⁴ Det gäller åtminstone om man utgår från Harts synsätt att rättskällorna och deras inbördes rangordning och värde bestäms genom "[t]he use of unstated rules of recognition".¹⁵ Det vill säga: om en källas status som rättskälla bestäms och beläggs genom domstolars och andra rättsliga aktörers acceptans av källan som en vägledande regel respektive hur detta kommer till uttryck genom aktörernas användning av källan, så borde aktö-

og skjønn, Festskrift til Jens Edvin A. Skoghøy, Oslo 2025, s. 822, där det anges att hänskjutande till plenum är fakultativ men att det i praktiken länge ansågs vara obligatoriskt.

¹² Jämför de uppfattningar om träffytan av *ProCell* NJA 2009 s. 291 som framförs av Schytzer, *Fordrans uppkomst inom insolvensrätten*, 2020, s. 41 f. vid och med not 61.

¹³ Jämför bemötandet av Schytzers uppfattningar kring träffytan av *ProCell* NJA 2009 s. 291 (se föregående not) i Lindskog, *Betalning*, 2022, s. 108 not 280.

¹⁴ Jämför – angående ordvalet praktiskt prejudikatvärde – Johansson, Asp & Runesson, *JT* 2023–24 s. 873, där det anförs att prejudikats styrande effekt på domstolarnas rättstillämpning är betydande, men att detta inte nödvändigtvis behöver bygga på att prejudikat är formellt bindande, utan kan vara en följd av ”rättstillämparnas rent pragmatiska överväganden”.

¹⁵ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Third Edition with an Introduction by Green, L., Oxford 2012, s. 102.

rernas uppfattning om legitimiteten hos ett visst ändringsavgörande kunna påverka användningen av det och därmed dess prejudikatvärde. I förlängningen handlar legitimitetsfrågan om rättskällestatusen av prejudikat på ett övergripande plan. Även legitimitetsaspekterna diskuteras i uppsatsen.

I det följande ska först legalitetsaspekterna behandlas under 2. Härvid diskuteras implikationerna av ordalydelsen av och systematiken kring 3 kap. 6 § rättegångsbalken, lagstiftarens intentioner som de kommer till uttryck i förarbetena över tid samt betydelsen av hur bestämmelsen uppfattas inom HD. Därefter diskuteras legitimitetsaspekterna under 3. Under 4 lämnas några avslutande anmärkningar. I korthet nås följande slutsatser. Det finns tunt stöd för att hävda att regeln om ändringsplenum ska tolkas som mer eller mindre obligatorisk. Regeln är fakultativ. Den rättsliga diskussionen om ändringsplenum i HD bör därför snarare kretsa kring legitimitetsfrågan. Att HD undviker att i ett femsitsmål avvika från en tidigare antagen rättsgrundsats behöver emellertid inte alltid vara det som skapar mest legitimitet för HD i rollen som prejudikatbildare. En femsitsändring behöver inte vara legitimitetsskadlig om HD är öppen med att det rör sig om just en ändring och inte döljer det hela genom att förtiga tidigare avgöranden, förminska en tidigare antagen rättsgrundsats intill meningslöshet eller särskilja ett avgörande ("distinguish the case") på ett svårförklarat sätt. En sådan öppenhet kan dock motverkas av regeln om ändringsplenum, så länge den misstas vara obligatorisk.

2. Legalitetsaspekterna

2.1 Ordalydelse och systematik

Vid tolkning av en lagbestämmelse är ordalydelsen en god startpunkt, liksom andra tolkningsfaktorer som framgår direkt av lagen, såsom dess systematiska uppbyggnad och den ifrågavarande bestämmelsens plats i denna systematik. Bestämmelsen om ändringsplenum hittas i 3 kap. 6 § första stycket första meningen rättegångsbalken.¹⁶ I meningen ingår det modala hjälpverbet "får":

"Om det [...] framkommer att den mening som råder i rätten avviker från en rättsgrundsats eller lagtolkning, som förut varit antagen av Högsta domstolen, får rätten besluta att målet eller, om det är lämpligt, en viss fråga i målet skall avgöras av Högsta domstolen i dess helhet."

¹⁶ Regeln om betydelseplenum finns i styckets andra mening.

Detta – det vill säga användningen av ”får” – är i rättegångsbalken typiskt sett en fakultativitetsmarkör, det vill säga en markör som visar att det är upp till rätten att diskretionärt avgöra om det är motiverat att företa den aktuella processhandlingen.¹⁷ Fakultativa regler allokera helt eller delvis den avgörande beslutsmakten till domstolen.¹⁸ Det brukar anses att skillnaden mellan obligatoriska och fakultativa regler är en fråga om grad snarare än art, att det rör sig om en glidande skala.¹⁹ Om domstolens handlingsfrihet enligt en viss regel är stor är regeln starkt fakultativ, medan regeln är endast svagt fakultativ, intill obligatorisk, om handlingsfriheten är begränsad.²⁰ Att lagtexten i 3 kap. 6 § första stycket rättegångsbalken medger hänskjutning till plenum utan att precisera hur denna behörighet ska eller får utövas, talar för att HD har en stor handlingsfrihet i frågan.²¹

Systematiskt får bestämmelsen läsas i ljuset av de huvudregler beträffande HD:s sammansättning som framgår av 3 kap. 5 och 5 b §§ rättegångsbalken. Enligt 3 kap. 5 § första stycket ska rätten vid en sakprövning bestå av minst fem ledamöter och enligt 5 b § får inte fler än sju ledamöter ingå i rätten. Undantag från minimikravet om fem ledamöter stadgas i 3 kap. 5 § andra–fjärde styckena och 5 a §. På samma sätt stadgar 3 kap. 6 § ett undantag från maximikravet om sju ledamöter, vilket framgår genom en direkt hänvisning i 5 b §. Pleniregeln är alltså en *undantagsregel*.²² Sådana ska i allmänhet tolkas restriktivt. Det talar i samma riktning som en tolkning enligt ordalydelsen, alltså emot att en avvikelse från maximikravet skulle vara mer eller mindre obligatoriskt.²³

Åt samma håll pekar lydelsen av 3 kap. 6 § andra stycket, som stadgar ett undantag från (undantags-) regeln om ändringsplenum. Där anges att om HD i olika tidigare avgöranden har besvarat en och samma rättsfråga olika, så gäller första stycket första meningen *endast* om den nu rådande uppfatt-

¹⁷ Ekelöf, P. O., Edelstam, H., Heuman, L. & Pauli, M., Rättegång. Första häftet, Stockholm 2016, s. 56 och Wallerman, A., Om fakultativa regler. En studie av svensk och unionsrättslig reglering av skönsmässigt beslutsfattande i processrättsliga frågor, Uppsala 2015, s. 37.

¹⁸ Wallerman, Om fakultativa regler, 2015, s. 40.

¹⁹ Se Wallerman, Om fakultativa regler, 2015, s. 44 med hänvisningar.

²⁰ Lindell, Civilprocessen, 2021, 94 f.

²¹ Jämför Wallerman, Om fakultativa regler, 2015, s. 54 f.

²² Se även prop. 2008/09:117 s. 34. Jämför dock Bylander, JT 2011–12 s. 505 och 510, där det talas om ”avsteg från huvudregeln om plenum” och plenum benämns ”huvudregeln om avvikande”.

²³ Om något så skulle det väl snarast peka i riktning mot att maximikravet gäller även i ett ändringsmål och att möjligheterna att avvika från det borde vara begränsade?

ningen avviker från det senast meddelade avgörandet. Regeln om ändringsplenum gäller alltså inte om HD redan tidigare har ändrat en antagen rättsgrundsats eller lagtolkning och rätten nu står fast vid ändringen. Då gäller huvudregeln enligt 3 kap. 5 b § om max sju ledamöter och hänskjutning till plenum får *inte* ske,²⁴ såvida inte regeln om betydelseplenum medger det.²⁵ Tidigare ändringar kan således sätta regeln om ändringsplenum ur spel.²⁶ Det förutsätts inte att sådana tidigare ändringar har skett i plenum utan som det framgår av ordalydelsen bildar även en ändring i normal sammansättning hinder för ändringsplenum.²⁷ Det är svårt att se hur detta skulle kunna tala för annat än att det står HD fritt att ändra tidigare antagna rättsgrundsatser utan plenum.

2.2 Uppfattningen i förarbetena över tid

Att såväl lagens systematik som ordalydelsen av regeln om ändringsplenum tyder på att regeln är fakultativ innebär inte att tolkningsfrågan är löst. Det kan av *förfarbeten* och *praxis* följa att en processregel som till sin språkliga utformning är fakultativ ändå inte överför något handlingsutrymme till domstolen. Med Wallermans terminologi har vi då att göra med en ”falskt fakultativ regel”,²⁸ det vill säga en skenbart fakultativ regel som i realiteten är obligatorisk. I detta avsnitt undersöks om det finns stöd i förarbetena för att uppfatta regeln om ändringsplenum som falskt fakultativ. Vad som kan följa av *praxis* – eller alltså, betydelsen av hur regeln uppfattas inom HD – behandlas i nästa avsnitt.

Regeln i 3 kap. 6 § rättegångsbalken om ändringsplenum bygger väsentligen på den första regleringen om HD-plenum som tillkom år 1876. Redan

²⁴ Jämför Asp, SvJT 2021 s. 450 not 18.

²⁵ Såväl ändrings- som betydelseplenum är enligt 3 kap. 6 § tredje stycket rättegångsbalken uteslutet i mål som angår häktad eller som annars enligt särskild föreskrift kräver ett skyndsamt avgörande, om det inte utan menlig tidsutdräkt går att få till stånd ett plenumavgörande. Se härom NJA 2011 s. 563 p. 27.

²⁶ Jämför 3 kap. 9 § första stycket lagen (1974:371) om rättegången i arbetsvister, där det stadgas att arbetsdomstolen ”kan” förordna om hänskjutning till plenum om det vid överläggningen framgår att den rådande meningen avviker från rättsgrundsats eller lagtolkning som arbetsdomstolen ”senast antagit”. Där framgår det alltså redan av grundförutläggningarna för ändringsplenum att sådant inte ska komma i fråga vid ett bekräftande av en praxisändring som redan gjorts i normal sammansättning.

²⁷ Jämför *Lastbilsläpet* NJA 2011 s. 611 p. 9.

²⁸ Wallerman, Om fakultativa regler, 2015 s. 55 ff. och densamma Fakultativa regler: en taxonomi, SvJT 2017 s. 401.

ursprungligen hade bestämmelsen den språkliga utformningen av en fakultativ regel, men med den skillnaden att som hjälpverb användes det ålderdomligare ”må” i stället för dagens ”får”.²⁹ Trots detta har det framförts att avsikten ”tydligtvis [var] att skapa en reglering med stark dragning åt det obligatoriska”.³⁰

Av de ursprungliga förarbetena från 1870-talet, som än i dag anses vara relevanta för förståelsen av regeln om ändringsplenum,³¹ framgår att regleringen infördes som en åtgärd ”till befrämjande af enhet i rättskipningen”.³² Enligt den ansvarige ministern hade det i praxis visat sig en brist på enhet, vilket bland annat antogs bero på att antalet ledamöter i HD hade ökat och att domstolen hade delats upp på två avdelningar som inte samordnade sina avgöranden.³³ Lagstiftningen lade dessutom hinder för HD:s ledamöter att samordna sig genom gemensamma avgöranden. Enligt dåvarande regeringsformen fick nämligen inte fler än åtta (av dåvarande sexton) justitieråd delta i ett avgörande.

Då högsta domstolens ledamöter således betagits rättigheten att gemensamt pröfva och afgöra sådana mål, hvilkas utgång är af olika lagtolkning beroende, samt besluten i dessa mål följaktligen aldrig kunna anses såsom ett uttryck af den i högsta instansen rådande rättsuppfattningen, utan måste i hvarje särskildt fall bestämmas af de för tillfället i afgörandet deltagande ledamöternes mening, synes mig nemligen häri ligga en förklaringsgrund till den ojemnhet i lagtillämpningen, man i vissa frågor hos högsta domstolen anmärkt; och härtill kommer att, hindrade genom regeringsformens 22 § att gemensamt afgöra ett af olika lagtolkning beroende mål, hafva högsta domstolens på skilda afdelningar tjenstgörande ledamöter blifvit genom arbetsordningen lemmade utan understöd vid bedömandet att förskaffa sig kännedom om de skiljaktiga rättsåsigter, som på den andra afdelningen kunna göra sig gällande.³⁴

Med denna motivering lades ett förslag på plenireglering fram till HD för yttrande. Enligt förslaget var plenum obligatoriskt för det fall att en avdelning vid omröstning till dom ansåg att en tidigare antagen rättsgrundsats borde frångås – ”då *skall* målet afdömas af högsta domstolens båda afdel-

²⁹ Skiftet från ”må” till ”får” skedde genom prop. 1988/89:78.

³⁰ Bylander, JT 2011–12 s. 507.

³¹ Bylander, JT 2011–12 s. 507.

³² NJA II 1876 nr 3 rubriken.

³³ NJA II 1876 nr 3 s. 1.

³⁴ NJA II 1876 nr 3 s. 1 f.

ningar samfäldt”, angavs det.³⁵ Men sedan endast ett av justitieråden tillstyrkt förslaget i dess helhet reviderades det, och i det förslag som slutligen antogs var ordet ”skall” utbytt mot ”må”. Den ansvarige ministern angav att grundtanken var att upplösa regeringsformens hinder ”för högsta domstolen att vid uppkommen meningsskiljaktighet göra gällande den rättsåsigt, som omfattades af flertalet bland domstolens ledamöter, samt att syftemålet med upphäfvandet af dessa hinder vore *att bereda en utväg för högsta domstolen att sjelf åstadkomma enhet i dess rättstolkning*”.³⁶ Dessutom ansågs det ”att en ofullkomlig reglementering för rikets högsta domstol bör bedömas ur synpunkten, att minsta möjliga reglementering är den bästa”. Mot denna bakgrund skulle ändringsplenum inte vara – som i det ursprungliga förslaget – ”en *skyldighet*”,³⁷ utan i stället var det för ”högsta domstolens båda afdelningar *medgifvet* att träda tillsammans för att samfäldt döma”.³⁸ Det är svårt att uppfatta detta på annat sätt än att den reglering som slutligen infördes var fakultativ och att det – som ett av justitieråden tolkade det i sitt yttrande över det slutliga förslaget – skulle komma ”att bero på afdelningen, huruvida den funne skäligt och lämpligt att förordna om målets hänskjutande till högsta domstolens plenum”.³⁹

Den ansvarige ministern gjorde emellertid också vissa uttalanden som pekar i annan riktning. Han angav att han inte fann att skillnaden mellan en skyldighet och en rättighet skulle vara väsentlig i detta fall, ”för så vidt stadgandet afser högsta domstolens egne ledamöter”. Ministern föreställde sig nämligen ”att de i hvarje fall skola anse sig *moraliskt förpligtade* att begagna en dem gifven rättighet att söka åstadkomma enhet i rättsskipningen, derest icke öfvervägande skäl tala emot en dylik åtgärd”.⁴⁰ Det kunde dock förekomma mål i vilka skyndsamhet var av sådan vikt att undantag vore påkallat. Ännu viktigare var det dock ”att icke stadgandet må kunna anses medföra någon *juridisk rätt för parterne* att få ett mål afdömt af båda afdelingarna samfäldt”.⁴¹ Bland de justitieråd som hade yttrat sig över det ursprungliga förslaget hade uppmärksammats att det i många fall kunde vara svårt att uttolka om ett tidigare avgörande verkligen gav uttryck för en viss rätts-

³⁵ NJA II 1876 nr 3 s. 2. Min kursivering.

³⁶ NJA II 1976 nr 3 s. 34. Min kursivering.

³⁷ NJA II 1876 nr 3 s. 35. Kursivering i original.

³⁸ NJA II 1876 nr 3 s. 35. Kursivering i original.

³⁹ NJA II 1876 nr 3 s. 37.

⁴⁰ NJA II 1876 nr 3 s. 35. Min kursivering.

⁴¹ NJA II 1876 nr 3 s. 35. Kursivering i original.

grundsats samt att det inte alltid var lätt att utröna om omständigheterna i två mål kunde anses tillräckligt likartade för att de skulle anses analoga. Dessutom antogs det att ledamöterna på den ena avdelningen inte kunde ha kännedom om alla beslut som fattats på den andra avdelningen och att det var omöjligt att ha fullständig kännedom om alla avgöranden som HD meddelat i det förflutna. Med tanke på detta fanns det en risk att en avdelning kunde, i okunskap om ett tidigare avgörande, komma att avgöra ett mål som egentligen borde ha hänskjutits till plenum. Ministern uttalade:

Tappande parter skulle i dylika fall sannolikt komma att anse sig förnärmade i sin lagliga rätt; och detta synes mig kunna förekommas, utan att någon olägenhet uppstår, derigenom, att stadgandet om vissa måls hänskjutande till plenum icke göres till ett ovillkorligt påbud. I sådan syftning har jag omskrifvit det förra förslaget [...].⁴²

Dessa uttalanden ger intrycket att det centrala skälet till omformuleringen från ”skall” till ”må” var att plenifrågan inte skulle kunna återopas av parterna i det enskilda målet, det vill säga att det var för att pleniunderlåtelse inte skulle vara en domvillogrund som HD:s avdelningar kom att bli endast medgivna och inte skyldiga att hänskjuta ändringsmål till plenum.⁴³ Men medgivandet kom med lagstiftarens *klara vädjan* till justitieråden om att plenimöjligheten också *borde* utnyttjas. Med hänsyn till detta verkar det rimligt att beskriva det som avsikten var att regleringen skulle ha en stark dragning åt det obligatoriska.⁴⁴ Åtminstone var det lagstiftarens *förhoppning* att regleringen skulle tillämpas så.

Denna inställning synes dock lagstiftaren ganska snart ha övergett. Enligt den ursprungliga pleniregleringen gick det inte, som i dag, att bryta ut en principfråga i ett mål till pleniavgörande och vilandeförklara målet i övrigt tills pleniförfarandet haft sin gång. Målet var tvunget att i sin helhet hänskjutas till plenum. Möjligheten att hänskjuta endast en fråga i ett mål till plenum infördes genom en lagändring år 1909. I lagmotiven uttalade departementschefen:

Därest ifrågavarande stadgande så affattas, att ej ovillkorligen hela målet skall hänskjutas till plenum, utan öfverlämnande af endast viss fråga medgifves, lär

⁴² NJA II 1876 nr 3 s. 35.

⁴³ Jämför Bylander, JT 2011–12 s. 508 och Jarnesand, Högsta domstolen och enhetligheten, 2023, s. 355 f.

⁴⁴ Jfr Bylander, JT 2011–12 s. 507.

häraf, såvidt jag kan finna, ej vara att befara någon menlig verkan. Tvärtom har man att räkna, ej blott med den tidsvinst, som säkerligen i de flesta fall skall uppstå, utan äfven därmed, att föreskriften om måls hänskjutande till plenum måhända blifver, till nytta för rättsskipningens enhet, oftare tillämpad än under nuvarande förhållanden, då i tveksamt fall nödvändigheten af ett vidlyftigt måls förnyade föredragning i hela dess vidd kan tänkas inverka på afgörandet af frågan, om plenihandläggning skall äga rum eller ej.⁴⁵

Och:

Tvånget för närvarande att, *därest man ej vill helt och hållet afstå från vinsten af ett samfälligt afgörande*, till handläggning i plenum hänskjuta målet i hela dess vidd har onekligen i flera fall visat sig olämpligt. Att för sådana fall bereda möjlighet till ett mindre tyngande förfaringsätt är den föreslagna nya anordningens hufvudsakliga syfte. Den större frihet, som härigenom skulle lämnas H. D., lärer vara att bedöma ur den synpunkt att – såsom år 1875 yttrades af dåvarande justitiestatsministern vid föredragning af en liknande fråga – för rikets H. D. den minsta möjliga reglementering är den bästa.⁴⁶

Uttalandena ger uttryck för att pleniinstitutet inte blev så ofta använt som man hade hoppats när det infördes.⁴⁷ Man anar departementschefens miss-tankar om att pleniförfarandets omständliga, tidskrävande procedur kunde ha varit en faktor som lett till att HD:s avdelningar underlåtit att hänskjuta ändringsmål till plenum. Inget antyder dock att departementschefen ansåg att avdelningarna i så fall därigenom skulle ha brutit mot något obligatorium

⁴⁵ NJA II 1909 nr 4 s. 22.

⁴⁶ NJA II 1909 nr 4 s. 24. Min kursivering.

⁴⁷ Under 34-årsperioden 1876–1909 hade HD meddelat i alla fall 38 pleniavgöranden (NJA 1876 s. 444, NJA 1877 s. 1, NJA 1877 s. 480, NJA 1877 s. 483, NJA 1877 s. 485, NJA 1878 s. 62, NJA 1878 s. 315, NJA 1878 s. 322, NJA 1878 s. 413, NJA 1879 s. 364, NJA 1880 s. 365, NJA 1881 s. 85, NJA 1881 s. 459, NJA 1883 s. 23, NJA 1883 s. 27, NJA 1883 s. 33, NJA 1884 s. 484, NJA 1884 s. 487, NJA 1886 s. 462, NJA 1887 s. 415, NJA 1887 s. 501, NJA 1888 s. 102, NJA 1889 s. 139, NJA 1892 s. 507, NJA 1896 s. 1, NJA 1897 s. 118, NJA 1898 s. 191, NJA 1898 s. 193, NJA 1900 s. 36, NJA 1902 s. 51, NJA 1902 s. 52, NJA 1902 s. 445, NJA 1903 s. 83, NJA 1903 s. 249, NJA 1903 s. 301, NJA 1903 s. 309, NJA 1903 s. 476, NJA 1904 s. 43), alltså i genomsnitt mer än ett plenum per år. Det kan jämföras med 34-årsperioden 1991–2024, under vilken HD meddelade 16 pleniavgöranden (NJA 1993 s. 41 I och II, NJA 2001 s. 177, NJA 2005 s. 205, NJA 2005 s. 738, NJA 2007 s. 455, NJA 2010 s. 58, NJA 2012 s. 435, NJA 2012 s. 896, NJA 2013 s. 413, NJA 2013 s. 502, NJA 2015 s. 72, NJA 2015 s. 374, NJA 2017 s. 938, NJA 2020 s. 1061, NJA 2023 s. 143), alltså i genomsnitt knappt ett plenum vartannat år.

av vare sig starkare eller svagare karaktär. Vikten betonades av att HD skulle ha stor frihet. Visserligen angavs plenarhandläggning i ett måls hela vidd ha varit ett tvång för HD, men endast ”därest man ej [velat] helt och hållet afstå från vinsten af ett samfällt afgörande”. Även om lagstiftaren på 1870-talet må ha avsett att införa en plenireglering med stark dragning åt det obligatoriska, så tycks man nu ha betraktat regleringen som helt fakultativ.

Men pendeln skulle komma att svänga tillbaka. Åtminstone lite grann. Och nu tillåter jag mig att hoppa fram några decennier. Under 1980-talet infördes i pleniregleringen – som nu hittades i 3 kap. 5 § rättegångsbalken – regler om så kallat halvt plenum.⁴⁸ Enligt dessa kunde en avdelning av HD, om den i ett mål övervägde att ändra en rättsgrundsats eller annars ansåg att ett pleniavgörande skulle vara av särskild betydelse för rättstillämpningen, hänskjuta målet eller en fråga i det till avgörande av tolv ledamöter i stället för av hela HD. Vid denna tidpunkt bestod HD regelmässigt av 25 justitieråd och var indelad på tre avdelningar. I förarbetena beskrevs plenum som en omständlig och tidskrävande procedur, vilket angavs innebära att man inom HD tänkte sig noga för innan man hänsköt ett mål till plenum. En smidigare ordning antogs kunna innebära både resursbesparingar och en bättre prejudikatbildning.⁴⁹ Framför allt var avsikten med införandet av regleringen om halvt plenum att ”förbättra förutsättningarna för HD att, när det är påkallat, ändra på tidigare av HD antagna rättsgrundsatser och lagtolkningar”.⁵⁰ Enligt departementschefen var sådana ändringar nämligen ”något som en avdelning av HD *bör undvika* att göra på egen hand”.⁵¹ Detta uttalande kan tala för att lagstiftarens uppfattning vid denna tidpunkt var att HD endast skulle ha ett snävt handlingsutrymme att ändra rättsgrundsatser och lagtolkningar utan plenum.⁵² Samtidigt förefaller det svårt att hävda att de aktuella förarbetena ger stöd för att lagstiftaren skulle ha gjort någon tydlig omsväng-

⁴⁸ Dessförinnan hade bestämmelsen om betydelseplenum införts under 70-talet, efter förslaget i lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar som stiftades tidigare samma årtionde. I förarbetena till den ändringen framkommer emellertid inget som ger någon vägledning beträffande lagstiftarens syn på fakultativitetsgraden hos regeln om ändringsplenum, se prop. 1972:21 s. 33 f.

⁴⁹ Prop. 1988/89:78 s. 53.

⁵⁰ Prop. 1988/89:78 s. 53.

⁵¹ Prop. 1988/89:78 s. 53. Min kursivering.

⁵² Jämför följande uttalande hos Ekelöf, P. O., *Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper*. Några problem inom den allmänna processrättsläran, Stockholm 1956, s. 151. ”Att man begagnat hjälpverbet ’bör’ i stället för ’må’ kan väl inte fattas annat än som en antydning om att rätten måtte avvika från regeln endast då särskilt starka eller åtminstone klart övervägande skäl tala härför.”

ning i sin syn på frågan om var på fakultativitets- och obligatorieskalan som pleniregeln hör hemma. Departementschefen uttalade nämligen också att regeln om ändringsplenum är *fakultativ*, men tillade, med en hänvisning till Welamson,⁵³ att den inom HD torde betraktas som jämförlig med en obligatorisk regel.⁵⁴ Mot denna bakgrund behöver uttalandet om att en avdelning bör undvika att göra ändringar på egen hand inte ha varit grundat på lagstiftarens egen övertygelse, utan kan snarare ha grundats på ett respekterande av vad man uppfattade vara HD:s ståndpunkt i frågan.⁵⁵

Reglerna om halvt plenum fick en ganska kort historia. De tillämpades aldrig och upphävdes redan efter tjugo år.⁵⁶ I samband med upphävandet placerades huvudregeln om att högst sju justitieråd får ingå i rätten i en egen paragraf, efter att tidigare ha ingått i en gemensam paragraf med andra sammansättningsregler. Dessutom placerades pleniregleringen efter de övriga reglerna om HD:s sammansättning. Syftet var att förtydliga att plenireglerna utgör *undantag* i förhållande till övriga sammansättningsregler.⁵⁷ Lagstiftningsarbetet ledde också till vissa förenklingar i sammansättningsreglerna samt att det inte längre skulle vara obligatoriskt för HD att vara indelad i avdelningar. I propositionen angavs det vara en prioriterad målsättning att mål och ärenden kunde avgöras *snabbare*,⁵⁸ och man betonade behovet av att öka såväl *flexibiliteten* som *domstolens inflytande över sitt eget arbete*.⁵⁹ Sammantaget väntades förslagen leda till ökad effektivitet och till att HD skulle kunna ägna mer tid åt prejudikatbildning.⁶⁰ Om det eventuellt tidigare hade funnits en inställning hos lagstiftaren om att det vid praxisändringar borde vara nära nog obligatoriskt för HD att genomgå en ”omständlig och tidskrävande [pleni-]procedur som påverkar HD:s arbetskapacitet i övrigt”,⁶¹ så synes denna i vart fall nu ha övergetts.

Sammanfattningsvis ger förarbetena inte något starkt stöd för att regeln om ändringsplenum ska, i strid med ordalydelsen och lagsystematiken, tol-

⁵³ Närmare bestämt hänvisades till Welamson, Rättegång IV, 2 uppl., Stockholm 1978, s. 183.

⁵⁴ Prop. 1988/89:78 s. 52.

⁵⁵ Dessutom uttalade departementschefen att ”plenisystemets svårhanterlighet kan leda till att en avdelning undantagsvis kan tvingas resonera sig förbi ett tidigare avgörande”, prop. 1988/89:78 s. 53.

⁵⁶ Prop. 2008/09:117 s. 37.

⁵⁷ Prop. 2008/09:117 s. 34.

⁵⁸ Prop. 2008/09:117 s. 31.

⁵⁹ Prop. 2008/09:117 s. 30.

⁶⁰ Prop. 2008/09:117 s. 1.

⁶¹ Prop. 1988/89:78 s. 53.

kas som mer eller mindre obligatorisk. Till det kommer att det ursprungliga syftet med regelns införande – att motverka motstridigheter orsakade av bristande samordning mellan HD:s avdelningar – förmodligen inte är lika trängande i dag.⁶²

2.3 Uppfattningen i HD

Det oftast återopade argumentet för att regeln om ändringsplenium ska tolkas som mer eller mindre obligatorisk synes som sagt vara att det skulle överensstämma med hur regeln uppfattas *inom HD*.⁶³ Argumentet ligger i linje med att en fakultativ regel anses kunna övergå till att vara obligatorisk om den i praxis uppfattas och tillämpas som en obligatorisk regel.⁶⁴

HD:s syn på plenium är emellertid svårfångad. Det är sällsynt att domstolen öppet i domskäl uttalar något angående sin tillämpning av plenireglerna.⁶⁵ Visserligen har flera enskilda justitieråd i olika sammanhang uttalat att man inom HD anser att en avvikelse från ett klart prejudikat kräver plenium,⁶⁶ men dessa uttalanden har förstås inte samma auktoritetsvärde som av HD meddelade prejudikat.⁶⁷

Såvitt jag har kunnat finna har HD sammanlagt meddelat 125 pleniavgöranden sedan regleringen ursprungligen infördes år 1876.⁶⁸ Till en början var

⁶² Jämför Heuman, SvJT 2020 s. 460 f. och Victor, Festskrift Jareborg, 2002, s. 740 f.

⁶³ Se not 10 ovan.

⁶⁴ Se Wallerman, Om fakultativa regler, s. 42 f. med hänvisningar.

⁶⁵ Bylander, JT 2011–12 s. 503 och Jarnesand, Högsta domstolen och enhetligheten, 2023, s. 212. Jämför Lindskog, Betalning, 2022, s. 395 not 1312. Men det finns exempel på explicita diskussioner, se NJA 1896 s. 1, NJA 1963 s. 81, Knutssons och Soleruds tillägg i NJA 1991 C 88, NJA 1999 s. 237, NJA 2011 s. 563 p. 27, *Lastbilssläpet* NJA 2011 s. 611 p. 9 och Ekas skiljaktiga mening i NJA 2016 s. 1004.

⁶⁶ Calissendorff, SvJT s. 801, Gregow, Festskrift Walin, 2002, s. 117 f., densamme, JT 2015–16 s. 38 f., Johansson, Asp & Runesson, JT 2023–24 s. 873, Lind, J., Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla, JT 1996–97 s. 364 och Welamson & Munck, Processen i hovrätt och Högsta domstolen, 2022, s. 172.

⁶⁷ Jämför Jarnesand, Högsta domstolen och enhetligheten, 2023, s. 212.

⁶⁸ NJA 1876 s. 444, NJA 1877 s. 1, NJA 1877 s. 480, NJA 1877 s. 483, NJA 1877 s. 485, NJA 1878 s. 62, NJA 1878 s. 315, NJA 1878 s. 322, NJA 1878 s. 413, NJA 1879 s. 364, NJA 1880 s. 365, NJA 1881 s. 85, NJA 1881 s. 459, NJA 1883 s. 23, NJA 1883 s. 27, NJA 1883 s. 33, NJA 1884 s. 484, NJA 1884 s. 487, NJA 1886 s. 462, NJA 1887 s. 415, NJA 1887 s. 501, NJA 1888 s. 102, NJA 1889 s. 139, NJA 1892 s. 507, NJA 1896 s. 1, NJA 1897 s. 118, NJA 1898 s. 191, NJA 1898 s. 193, NJA 1900 s. 36, NJA 1902 s. 51, NJA 1902 s. 52, NJA 1902 s. 445, NJA 1903 s. 83, NJA 1903 s. 249, NJA 1903 s. 301, NJA 1903 s. 309, NJA 1903 s. 476, NJA 1904 s. 43, NJA 1911 s. 143, NJA 1911 s. 375, NJA 1912 s. 50, NJA 1912 s. 80, NJA 1912 s. 267, NJA 1912 s. 444, NJA 1912 s. 456,

pleniaktiviteten relativt hög, men den minskade kraftigt under 1940-talet. Tidigare under 1900-talet hade meddelats i snitt 15,5 pleniavgöranden per årtionde. Under 1940-talet meddelades endast tre. Alltsedan dess har det hållit sig kring denna nivå, bortsett från en topp på åtta pleniavgöranden under 2010-talet.⁶⁹ Från och med 1971, då HD genom fullföljdsreformen blev en i princip renodlad prejudikatinstans,⁷⁰ har det sammanlagt hållits 23 plenum.⁷¹ Samtliga av dessa har inte resulterat i avvikelser från tidigare ställningstaganden. Man frågar sig om det är sannolikt att HD under denna period inte skulle ha ändrat sin praxis fler gånger än så,⁷² utöver smärre ändringar i form av justeringar och förtydliganden och annat som inte anses falla under 3 kap. 6 rättegångsbalken (såsom avvikelser från uttalanden i domar som inte utgör rättsgrundsatser eller lagtolkningar,⁷³ olika utgångar i

NJA 1912 s. 576, NJA 1913 s. 87, NJA 1913 s. 153, NJA 1913 s. 191, NJA 1914 s. 251, NJA 1914 s. 506, NJA 1914 s. 529, NJA 1914 s. 569, NJA 1915 s. 424, NJA 1915 s. 426, NJA 1916 s. 13, NJA 1916 s. 617, NJA 1918 s. 441 I, NJA 1918 s. 555, NJA 1918 s. 565, NJA 1919 s. 67, NJA 1920 s. 460, NJA 1921 s. 545, NJA 1922 s. 137, NJA 1922 s. 441, NJA 1922 s. 553, NJA 1923 s. 225, NJA 1924 s. 42, NJA 1924 s. 536, NJA 1924 s. 538, NJA 1925 s. 100, NJA 1925 s. 184, NJA 1928 s. 436, NJA 1929 s. 370 II, NJA 1930 s. 29, NJA 1931 s. 313 I, NJA 1931 s. 554, NJA 1931 s. 558, NJA 1931 s. 681, NJA 1932 s. 62 I, NJA 1932 s. 592, NJA 1934 s. 69, NJA 1934 s. 557, NJA 1934 s. 559, NJA 1934 s. 624, NJA 1937 s. 162 II, NJA 1937 s. 264, NJA 1938 s. 1, NJA 1938 s. 7, NJA 1939 s. 96, NJA 1941 s. 251, NJA 1945 s. 240, NJA 1949 s. 600, NJA 1951 s. 1, NJA 1952 s. 240, NJA 1954 s. 455, NJA 1954 s. 532 I och II, NJA 1961 s. 743, NJA 1963 s. 706, NJA 1964 s. 1, NJA 1968 s. 523, NJA 1971 s. 193, NJA 1973 s. 623, NJA 1975 s. 193, NJA 1979 s. 107, NJA 1980 s. 320, NJA 1985 s. 862, NJA 1988 s. 329, NJA 1993 s. 41 I och II, NJA 2001 s. 177, NJA 2005 s. 205, NJA 2005 s. 738, NJA 2007 s. 455, NJA 2010 s. 58, NJA 2012 s. 435, NJA 2012 s. 896, NJA 2013 s. 413, NJA 2013 s. 502, NJA 2015 s. 72, NJA 2015 s. 374, NJA 2017 s. 938, NJA 2020 s. 1061, NJA 2023 s. 143.

⁶⁹ 10 avgöranden under 1870-talet, 13 under 1880-talet, 5 under 1890-talet, 10 under 1900-talet, 23 under 1910-talet, 13 under 1920-talet, 16 under 1930-talet, 3 under 1940-talet, 5 under 1950-talet, 4 under 1960-talet, 4 under 1970-talet, 3 under 1980-talet, 2 under 1990-talet, 4 under 2000-talet, 8 under 2010-talet och i skrivande stund hittills 2 under 2020-talet.

⁷⁰ Prop. 1971:45.

⁷¹ Varav merparten avser processrättsliga frågor i vid mening, se Heuman, SvJT 2020 s. 458.

⁷² Jämför att Ekelöf & Edelstam, Rättsmedlen, 2008 s. 146, uttalar att HD ”ganska ofta” har ändrat praxis utan att det har skett i plenum.

⁷³ Regeln om ändringsplenum är endast tillämplig vid övervägande om avvikelser från antagna rättsgrundsatser och lagtolkningar. Det är emellertid inte en helt lätt fråga att avgöra vad som faller in och utanför dessa begrepp. Se härom Heuman, SvJT 2020 s. 468 ff., densamme i Bernitz, U. m.fl., Finna rätt, 2023, s. 167 ff. och Hästad, Festskrift Skoghøy, 2025, s. 823 f.

till synes likartade fall som byggt på särskiljande av omständigheterna eller eventuella avvikelser som skett i okunskap om tidigare prejudikat).⁷⁴

Som ett välkänt exempel på ett avgörande genom vilket HD uttryckligen ändrade en tidigare antagen rättsgrundsats utan plenum kan nämnas *Lastbilcentralen* NJA 1980 s. 43. Tidigare hade HD ansett att det i ett avtalsförhållande mellan kommersiella parter inte var tillräckligt att den ena parten i samband med avtalsslutet gjort en referens till ett standardavtal, för att en i standardavtalet intagen skiljeklausul skulle utgöra avtalsinnehåll (förhöjd avtalströskel).⁷⁵ Med hänvisning framför allt till att bruket av standardavtal och skiljeklausuler blivit vanligare på det kommersiella området, men också till att det genom införandet av 36 § avtalslagen tillkommit andra sätt att hantera överraskande och betungande villkor, fann HD att denna förhöjda avtalströskel inte längre skulle gälla. Fallet har tagits till intäkt för att huvudregeln är att klara ändringar av rättsgrundsatser ska ske genom plenum, men att det finns ett undantag från pleniplikten om ändrade samhällsförhållanden lett till att den tidigare ståndpunkten har förlorat relevans.⁷⁶ Så kan man se det.⁷⁷ Men man kan också se avgörandet som ett bevis på att huruvida ett fall hänskjuts till plenum eller inte, beror på vad sitsen anser vara skäligt och lämpligt.⁷⁸

Det finns fler HD-avvikelser utan plenum som skulle kunna uppfattas ge uttryck för undantag från en annars gällande pleniplikt, men som lika gärna kan anses tala för att det står HD fritt att ändra rättsgrundsatser utan plenum. Som exempel kan nämnas *Malmbergsbagarn* NJA 2009 s. 672, där HD uttryckligen tog avstånd från den bedömning som hade gjorts i NJA 1989 A 7. Det kan ge stöd åt en, förmodligen ganska okontroversiell, uppfattning om att pleniplikten inte omfattar notisfall.⁷⁹ Men det kan också ge stöd åt den tolkning av 3 kap. 6 § rättegångsbalken som följer av ordalydelsen och lagsystematiken, och som inte motsägs av förarbetena. Det vill säga att det inte finns någon pleniplikt, endast en plenifrihet.

Ett tydligt exempel på att HD uppfattat ändringsplenum som endast en frihet skulle kunna anses ligga i avgörandet *Slutbesiktningen och klag-*

⁷⁴ Av 3 kap. 6 § första meningen första stycket rättegångsbalken framgår ett slags insiktsrekvisit genom skrivningen att det vid överläggningen "framkommer" att rättens mening avviker från en tidigare rättsgrundsats eller lagtolkning.

⁷⁵ NJA 1949 s. 609 och NJA 1969 s. 285.

⁷⁶ Heuman i Bernitz m.fl., *Finna rätt*, 2023, s. 158 f.

⁷⁷ Jag har själv sett det så, se Unnersjö, JT 2016–17 s. 436 not 92.

⁷⁸ Jämför NJA II 1876 nr 3 s. 37.

⁷⁹ Jämför Johansson, Asp & Runesson, JT 2023–24 s. 875 s. 20.

intresset NJA 2018 s. 467, där HD i femsits gjorde en klar avvikelse från den rättsgrundsats som antagits genom *A.O. Byggservice* NJA 2006 s. 101.⁸⁰ Motiveringen (p. 15–16) var att det inte framgick av det tidigare avgörandet om HD hade beaktat ett visst argument som talade för en motsatt slutsats, varför avgörandet inte ansågs vara vägledande i fråga om argumentets betydelse.⁸¹ Men möjligen skulle man kunna se också detta fall på ett annat sätt, nämligen som att den motsatta slutsatsen var en följd av ett särskiljande av omständigheterna i fallen, låt vara att det inte framstår som helt lättköpt.⁸²

Och här menar jag att vi har själva kärnproblemet med att försöka bestämma tolkningen av regeln om ändringsplenum utifrån vad vi tror vara HD:s uppfattning i frågan. Även om jag är övertygad om att HD strävar efter konsekvens och förutsebarhet i sitt dömande, så är det svårt, för att inte säga omöjligt, att konstruera en framåtblickande formulering av HD:s syn på pleniireglernas fakultativa eller obligatoriska karaktär, genom att studera vad HD gjort och inte gjort i det förgångna.⁸³ HD kan nämligen inte binda sig själv till en tolkning utan att därefter ha friheten att ändra sig. Att HD:s prejudikat kan binda underinstanserna är en annan sak. En analogi kan göras till situationen att två avtalsparter har underkastat sig själva ett avtalat formkrav. Eftersom avtalsparterna i detta hänseende är sina egna normgivare kan de, om de är överens, upphäva formkravet utan iakttagande av det.⁸⁴ Samma princip gäller beträffande HD och plenifrågan. Att HD i ett mål binder sig själv till att inte avvika från tidigare prejudikat utan plenum, betyder inte att HD skulle vara oförhindrad att lösa sig från dessa sina band i nästa.

Tolkningen av regeln om ändringsplenum kan helt enkelt inte hängas upp på en förmodan om att man inom HD uppfattar regeln som obligatorisk. Då hänger tolkningen i luften.

⁸⁰ Se även NJA 1999 C 53.

⁸¹ Jämför Heuman, *Metoder för rättstillämpning och lagtolkning*, 2018, s. 36.

⁸² Jämför Heuman, L., *Prejudikattolkning av kortfattade domar och betalning som eftergift*, JT 2006–07 s. 617 (i vilken artikel, s. 611 ff., också uttalas stark kritik mot bedömningen i *A.O. Byggservice*).

⁸³ Jämför Wittgenstein, L., *Filosofiska undersökningar* (i översättning av Gustafsson M. & Hertzberg, L., 2020), § 201: ”Vår paradox var denna: en regel kan inte fastställa något handlingssätt, då varje handlingssätt kan fås att överensstämma med regeln. Svaret var: Om varje handlingssätt kan fås att överensstämma med regeln, så kan den också sättas i konflikt med den. Sälunda skulle det varken finnas överensstämmelse eller konflikt.”

⁸⁴ Se *EM:s parkeringsplatser* NJA 2015 s. 186 p. 10–12.

3. Legitimitetsaspekterna

Den ovan förda diskussionen visar att det finns tunt stöd för att uppfatta regeln om ändringsplenum som mer eller mindre obligatorisk. Det mesta talar för att bestämmelsen är (starkt) fakultativ.⁸⁵

Att ändringsplenum inte är en ska-fråga säger emellertid ingenting om huruvida det är en bör-fråga. Svante O. Johansson har innan han blev justitieråd uttalat, apropå HD:s avvikelser från NJA 1989 A 7 i *Malmbergsbagarn*,⁸⁶ att "förutsebarhet från användarperspektiv" är "en måttstock på ett rättssystemets kvalitet" och att "[l]egitimiteten kring domsavgöranden och därmed systemet [lätt kan] avta i takt med att ideliga ändringar görs".⁸⁷ Jag håller med. En av de viktigaste uppgifterna för en prejudikatdomstol är att bidra till förutsättningar för formell rättvisa, i form av enhetlig rättskipning och förutsebarhet. Om domstolen inte uppfattas vara konsekvent i sitt dömande så kan det anses att den inte uppfyller sin uppgift. Det är förtroendeskadligt, och kan i förlängningen försvaga rättspraxis ställning som rättskälla. Detta var också ett av skälen till att man på 1870-talet ville komma till rätta med den motstridiga praxis som uppfattades bero på bristande samordning mellan HD:s avdelningar. I förarbetena uttalades:

I verkligheten torde sådana [stridiga] beslut vara vida färre än man i allmänhet föreställer sig, men de hafva ändock varit tillräckligt talrika att betaga högsta domstolens lagtolkning det inflytande på jurisprudensen, som eljest skulle med rätta tillkomma den, och derigenom har händt att en stadgad jurisprudens i viktiga delar af rättsområdet numera saknas, hvilket oundvikligen medfört en störande inverkan på allmänna rättstillståndet.⁸⁸

Hänskjutande till plenum av en fråga om ändring av praxis kan leda till att det inte blir någon ändring, om majoriteten av ledamöterna inte delar den hänskjutande sitsens uppfattning att en ändring borde ske. Då verkar pleniinstitutet konsekvensfrämjande. Om plenarhandläggningen ändå resulterar i en ändring, så har i varje fall de justitieråd som velat stå fast vid den tidigare ordningen haft en möjlighet att plädera mot den nya principen inom ramen för en demokratisk process, vilket förmodligen gör dem mindre

⁸⁵ Jämför dock Lindell, *Civilprocessen*, 2021, s. 94, där pleni bestämmelserna benämns som svagt fakultativa.

⁸⁶ Se ovan under 2.3.

⁸⁷ Johansson, S. O., *Analys av ny praxis beträffande uppsägningstid vid återförsäljningsavtal på obestämd tid*, *Infotorg Juridik*, publicerad den 20 november 2009.

⁸⁸ NJA II 1876 nr 3 s. 1.

benägna att driva sin linje vidare i framtida fall jämfört med om ändringen hade så att säga smugits igenom i femsits.⁸⁹ Det är väl i och för sig tänkbart att man inom HD skulle kunna stämma av inställningen till en tilltänkt ändring på ett enklare, informellt sätt, till exempel vid ett domstolsinternt möte eller, för all del, i fikarummet. Men då förlorar man det signalvärde som plenum för med sig, det vill säga budskapet till omvärlden att det finns anledning att räkna med att HD inte i första taget kommer att avvika från den rättsuppfattning som plenarhandläggningen mynnat ut i.

Konsekvens i det egna dömandet är emellertid inte det enda måttet på kvaliteten i en prejudikatdomstols normbildande verksamhet. Det är inte legitimitetsskapande att domstolen står fast vid sin tidigare praxis om denna praxis uppfattas som dålig. Gissningsvis är det långt mera vanligt att HD får kritik för att ett avgörande uppfattas som bristfälligt ur materiell synpunkt eller som inkonsekvent med systemet i övrigt, än att kritiken går ut på att HD uttryckligen ändrat sin egen praxis. Om HD till följd av samhällsutvecklingen, koherensskäl, att ett tidigare ställningstagande byggt på oriktiga premisser eller andra befogade skäl anser att ett äldre prejudikat bör frångås, och finner efter en noggrann analys att fördelarna av en praxisändring överväger nackdelarna av den retroaktiva effekt som en sådan typiskt sett för med sig, så kan det ur legitimitetssynpunkt vara viktigt att en ändring faktiskt kommer till stånd.⁹⁰

Inom HD uppfattas dock plenum som omständligt och tidskrävande.⁹¹ Plenarhandläggningen kan dessutom leda till kompromisser i domskrivningen, vilket riskerar att resultera i utslätade domskäl,⁹² och kanske rentav till ett sämre prejudikat jämfört med vad en femsitsöverläggning skulle ha mynnat ut i. Av dessa skäl kan sitsen dra sig för att hänskjuta ändringen till plenum. Det kan leda till att det inte blir någon ändring eller till att sitsen

⁸⁹ Jämför Håstad, Festskrift Lindskog, 2018, s. 316: ”En grundläggande ändring bör [...] föras till plenum. Varför ska annars justitieråd som inte deltog i avgörandet anse att det övertrumfar tidigare avgöranden? Plenum är till för att de som ogillar den nya principen, efter att ha möjlighet att plädera mot den, ska inrätta sig.” Se även Håstad, Festskrift Skoghøy, 2025, s. 822 och densamme, Köprätt och annan kontraktsrätt. Tillägg till den sjunde upplagan, 2025 (iustus.se), s. 5. Jämför även Welamson & Munck, Processen i hovrätt och Högsta domstolen, 2022, s. 173.

⁹⁰ Jämför Ramberg, Prejudikat, 2017 s. 208 ff. och densamma, Prejudikat som rättskälla, SvJT 2017 s. 782.

⁹¹ Calissendorff, SvJT 2017 s. 799 och Welamson & Munck, Processen i hovrätt och Högsta domstolen, 2022, s. 172 f. Jämför NJA 2011 s. 563 p. 27. Se också prop. 1988/89:78 s. 52 f.

⁹² Calissendorff, SvJT 2017 s. 799.

genomdriver ändringen utan plenum.⁹³ Det senare kan ske *öppet* och med redogörelse för de argument som man ansett tala för ändringen, såsom i *Lastbilscentralen*.⁹⁴ En sådan öppen femsitsändring behöver inte vara legitimitets-skadlig, särskilt inte om det prejudikat man avvikit från har varit utsatt för välgrundad kritik.⁹⁵ Dessutom ska inte risken överdrivas av att en annan sits kortare tid därefter skulle välja att återgå till den tidigare ordningen.⁹⁶ Men en femsitsändring kan också ske *dolt*, genom att den paketeras som något annat än en ändring. Sannolikheten för att det blir en dold ändring framför en öppen är större om sitsen i och för sig uppfattar att den rådande majoritetsåsikten bland HD:s ledamöter är att praxisändringar kräver plenum. Som Dag Victor en gång påpekat finns det risk att regeln om ändringsplenum ”motverkar såväl tydliga och öppna domsskäl när det framstår som tveksamt om ett avgörande står i överensstämmelse med ett tidigare prejudikat som en öppnare och friare attityd när det finns goda skäl för att avvika från tidigare prejudikat”.⁹⁷

Och här kommer vi till ytterligare en legitimitetsaspekt: Det främjar inte förtroendet för en prejudikatsdomstol om det uppfattas som att den inte är transparent, som att domskälen redovisar skenmotiveringar medan de egentliga domskälen förtigs. Som exempel på tekniker vilka det i litteraturen har ansetts att HD har använt för att dölja att en dom i realiteten innebär en ändring kan följande nämnas. Ett avgörande innehåller en så överraskande tolkning av ett tidigare prejudikat att det i praktiken rör sig om en ändring.⁹⁸ Den annorlunda utgången jämfört med ett äldre prejudikat förklaras med att omständigheterna i fallen skiljer sig åt, men särskiljandet leder till att det äldre prejudikatet i praktiken blir meningslöst.⁹⁹ Den terminologi som har utvecklats i tidigare praxis används med en outtalad betydelseförskjutning.¹⁰⁰

⁹³ Jämför Heidbrink, Grundläggande fordrings- och skuldebrevs rätt, 2019, s. 145 not 42.

⁹⁴ Se ovan under 2.3.

⁹⁵ Jämför Heuman, JT 2006–07 s. 615 ff.

⁹⁶ Jämför Welamson & Munck, Processen i hovrätt och Högsta domstolen, 2022, s. 173, där det uttalas att HD:s på avdelning träffade avgöranden har en betydande stabilitet, vilket anges sammanhånga med att intresset av förutsebarhet i rättstillämpningen alltid har ett egenvärde som föranleder att en praxisändring generellt torde anses förutsätta starka skäl.

⁹⁷ Victor, Festskrift Jareborg, 2002, s. 741.

⁹⁸ Oulis, M., Värdeersättning vid återgång, Uppsala 2021, s. 366 vid och med not 1104.

⁹⁹ Ramberg, Prejudikat, 2017, s. 213 ff.

¹⁰⁰ Se Unnersjö, A., *Condictio indebiti* – från skyddsregel för betalaren till skyddsregel för mottagaren på tre decennier, JT 20024–25 s. 436 f.

Domstolen sammanfattar rättsläget på ett sätt som är oförenligt med tidigare prejudikat.¹⁰¹ Tidigare prejudikat förtigs.¹⁰²

För egen del tror jag att sådana tekniker, i den mån de förekommer,¹⁰³ riskerar att vara mer förtroendeskadliga än om HD i femsits öppet och med redogörelse för de bärande argumenten klargör att avgörandet innebär en praxisändring. Praxisbaserade rättsregler som genereras genom dolda femsitsändringar riskerar dessutom att bli dunkla till sitt innehåll om den bakomliggande argumentation inte är spårbar. Det kan inverka negativt på den formella rättssäkerheten i form av förutsebarhet och likabehandling av likartade fall.¹⁰⁴ En öppen ändring resulterar förmodligen i ett bättre prejudikat och ett klarare rättsläge.¹⁰⁵

4. Avslutning

Svante O. Johansson har valt att pensionera sig från HD vid 65 års ålder. Med tanke på de värdefulla insatser som han har gjort för svensk juridik inom ramen för sin domargärning kan man tycka att det är för tidigt, även om jag hoppas att han kommer att fortsätta att verka för förmögenhetsrätternas utveckling en lång tid framöver i sin roll som rättsvetenskapare.

Detsamma kan inte riktigt sägas beträffande regeln om ändringsplenum. Den mytbildning som har vuxit fram kring regelns tolkning riskerar att leda till att prejudikat delvis studeras med felaktiga glasögon, i form av en uppfattning att praxisändringar inte kan ske genom femsitsavgöranden. Dessutom går det inte att utesluta att regeln ibland leder till en sådan försiktighet i HD:s domskrivning som kan uppfattas som att domstolen inte säger vad den menar.¹⁰⁶ Frågan är om det inte är dags att regeln pensioneras.¹⁰⁷

¹⁰¹ Se Lundberg, K., Ytterligare om tillitsfullmakt, JT 2015–16 s. 737 f. och övriga inlägg i debatten om HD:s praxis om tillitsfullmakter.

¹⁰² Hästad, T., Emissionsgarantimålet NJA 2016 s. 107; nu fråga om domvilla och resning samt lämplig domstol för vissa extraordinära ärenden, JT 2016–17 s. 609 f. not 8.

¹⁰³ Även om det går att uppfatta att ett avgörande innebär en avvikelse från ett tidigare prejudikat, finns det ofta utrymme för andra synsätt.

¹⁰⁴ Den bristande spårbarheten kan leda till att rättsgrundsatserna blir dunkla i betydelsen att det inte går att identifiera vilka fakta som är av omedelbar relevans för deras tillämpning.

¹⁰⁵ Det gäller möjligen både i förhållande till en dold femsitsändring och till en pleniändring, jämför Callissendorffs uttalande, SvJT 2017 s. 799, om att pleneförfarandet riskerar att leda till ”något utslätade” domskäl.

¹⁰⁶ Jämför bland annat Heuman, SvJT 2020 s. 486, Victor, Festskrift Jareborg, 2002, s. 741 och prop. 1988/89:78 s. 53.

¹⁰⁷ Jämför Ramberg, Prejudikat, 2017, s. 246 och Victor, Festskrift Jareborg, 2002, s. 740 f.

Ett upphävande av regeln om ändringsplenum behöver inte leda till pleniinstitutets död. Genom att regeln om betydelseplenum behålls kan HD ha kvar en möjlighet att till plenum hänskjuta sådana frågor beträffande vilka den bedömer att det finns ett legitimitetsskapande värde i att förmedla till omvärlden att lösningen har diskuterats av samtliga justitieråd. Det kan innefatta såväl ändringsfrågor som andra frågor.