



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Maia Rottenberg

Högsta domstolens användning av nordisk rätt i obligationsrättsliga referat ur ett rättskälleperspektiv

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: David Dryselius

Termin för examen: Period 1 VT2021

Innehåll

SUMMARY	I
SAMMANFATTNING	III
FÖRORD	IV
FÖRKORTNINGAR	V
1 INLEDNING	1
1.1 Introduktion	1
1.2 Syfte och frågeställningar	2
1.3 Avgränsningar	2
1.4 Disposition	3
2 TEORI, METOD OCH MATERIAL	4
2.1 Rättskällor – vad och varför?	4
2.2 Erkänningsregler	5
2.3 Rättsdogmatisk metod, material och rättspositivism	7
2.3.1 Metod	7
2.3.2 Material	8
2.3.3 Rättspositivism	9
2.4 Användningen av nordisk rätt i teorin	10
2.4.1 Sakskäl för utfyllning av luckor	10
2.4.2 Obiter dictum	13
2.5 Sammanfattning av de teoretiska utgångspunkterna	14
3 ANVÄNDNINGEN AV NORDISK RÄTT I PRAKTIKEN	15
3.1 ”Fullmaktsgivarens död” – NJA 2020 s. 446	15
3.2 ”Badrumsfallen” – NJA 2019 s. 807 och mål T 2829-19	16
3.3 ”Den betalande sambon” – NJA 2019 s. 23	19
3.4 ”De ingjutna rören” – NJA 2018 s. 653	20
3.5 ”NSAB-försäkringen” – NJA 2018 s. 301	22
3.6 ”Traktoråterförsäljaren” – NJA 2018 s. 19	25

3.7	"Överlåtelse av kränkingsersättning" – NJA 2017 s. 343	27
3.8	"Den övertagna överlåtelsebesiktningen" – NJA 2017 s. 113	29
3.9	Konventionstolkningarna	30
3.9.1	"Potatisetanolen" – NJA 2016 s. 563	30
3.9.2	"Flyget från Bangkok" – NJA 2016 s. 900	33
3.10	"Preskription enligt sjölagen" – NJA 2016 s. 149	35
3.11	"Andrahandsuthyrningen" – NJA 2014 s. 465	37
3.12	"Avräkningsordningen" – NJA 2013 s. 1190	39
3.13	"Arrendeavgiften" – NJA 2013 s. 491	41
4	SAMMANFATTANDE SLUTSATSER	44
	LITTERATURFÖRTECKNING	48
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	51

Summary

In a number of judgments handed down by the Supreme Court of Sweden over the past decade, the Court refers to foreign law from the Nordic countries. Motivated by the view that the designation of sources of law is central to the maintenance of formal justice, the thesis examines whether foreign Nordic law constitutes a source of Swedish law based on the Supreme Court's use of it.

When one sees that the Supreme Court has used a certain material as support in a judgment, one may conclude that the court has considered that material a source of law. However, before drawing such a conclusion, one must examine how and why the Supreme Court has used the material in question. Based on legal positivist theory, sources of law in the thesis are understood as sources from which legal rules derive. A legal rule is a rule that has legal authority, which means that the legal rule must be applied regardless of its content and for the reason that it derives from a source of law. In order to ascertain whether foreign Nordic law is a source of law due to the way in which the Supreme Court uses it, it is therefore examined whether the Court applies legal rules from the Nordic material directly, i. e. whether the Court sees the material as authoritative, or rather, if it is the content and arguments in the material that are given weight.

The conclusion of the thesis is that in the vast majority of cases, the Supreme Court does not apply legal rules from the Nordic material directly, and that Nordic law therefore is not considered a source of law. The Nordic material is instead used as a source of inspiration when the Court, due to gaps or ambiguities in the law, must create a legal rule to be able to decide a case. Sometimes, the foreign Nordic material is used even when it is not necessary, *obiter dictum*. In areas of law that are clearly influenced by Nordic law, however, the Nordic material seems to be treated authoritatively under certain

conditions, which ultimately leads to a nuancing of the thesis' dichotomous view of legal rules as either authoritative or not.

Sammanfattning

I ett flertal rättsfall som Högsta domstolen meddelat under det senaste decenniet, hänvisar domstolen till utländsk nordisk rätt. Motiverat av uppfattningen att utpekandet av rättskällor är centralt för upprätthållandet av formell rättvisa, undersöks i uppsatsen om nordisk rätt räknas som en rättskälla med utgångspunkt i Högsta domstolens användning av den.

När man ser att Högsta domstolen har använt ett visst material som stöd i en dom kanske man drar slutsatsen att domstolen har räknat det materialet som en rättskälla. Man måste dock undersöka *hur* och *varför* Högsta domstolen har använt materialet i fråga innan man kan göra ett sådant konstaterande. Med utgångspunkt i rättspositivistisk teori, förstås rättskällor i uppsatsen som källor ur vilka rättsregler kommer. En rättsregel är en regel som har rättslig auktoritet, vilket betyder att rättsregeln ska tillämpas oberoende av sitt innehåll och av den anledningen att den kommer från just en rättskälla. För att ta reda på om utländsk nordisk rätt räknas som en rättskälla undersöks därför om domstolen tillämpar rättsregler ur det nordiska materialet direkt, det vill säga om domstolen ser materialet som auktoritativt, eller om det snarare är innehållet och argumenten i materialet som tillmäts vikt.

Slutsatsen är att Högsta domstolen i de allra flesta fallen inte tillämpar rättsregler ur det nordiska materialet, och att nordisk rätt därför inte räknas som en rättskälla. Det nordiska materialet används istället som en källa till inspiration och argument när domstolen på grund av luckor i rätten eller otydligheter i lagen måste skapa rätt för att kunna döma. Ibland används det utländska nordiska materialet även när det inte egentligen är nödvändigt, *obiter dictum*. Inom rättsområden som tydligt påverkats av nordisk rätt verkar dock det nordiska materialet under vissa förutsättningar behandlas auktoritativt, vilket slutligen leder till en nyansering av uppsatsens dikotoma syn på rättsregler som antingen auktoritativa eller ej.

Förord

”Ett förord kan framstå som pretentiöst. Men det kan vara ett lämpligt ställe att tacka respondenter som medverkat i intervjuer. Handledaren bör normalt inte avtackas, eftersom han eller hon gjort det arbete som förväntas. Vissa författare tackar sin fästman ’för hans omänskliga tålamod’. Det är litet för privat och han bör kanske inte nämnas vid namn (det kan bli byte på posten).”¹

Jag måste alltså avsluta juristprogrammet med att avvika från en rekommendation. Jag kan inte låta bli att känna mig tacksam. Tack David Dryselius för din mycket generösa handledning. Den har varit ovärderlig för mig! Tack också till Hemlighetsringen. Vi gjorde det här ihop! Om vi skrev ut alla chattmeddelanden som skrivits under föreläsningarna i Pufendorf hade de motsvarat kanske 20 examensarbeten. Tack nätis och repan för allt, ni gjorde tiden på Juridicum så himla mycket bättre. Särskilt tack till Gumz, tack tack tack. Tack till juristprogrammet för så himla mycket, mest av allt tack för Sara. Mitt största tack riktar jag till Andi, mamma, pappa och Sara. Tack för att ni alltid sagt att juristprogrammet inte är det viktigaste. Jag håller med.

Malmö i maj 2021

Maia

¹ Sandgren, C. (2018), Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, s. 69.

Förkortningar

ABM 07	Allmänna bestämmelser för köp av varor i yrkesmässig byggverksamhet 2007
ABT 94	Allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings-, och installationsarbeten 1994
CMR	Konventionen den 19 maj 1956 om fraktavtal vid internationell godsbefordran på väg
DCFR	Draft Common Frame of Reference
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna
EÅ 04	Ensamåterförsäljaravtal 2004
JB	Jordabalken
JT	Juridisk tidskrift
Montreal- konventionen	Konventionen den 28 maj 1999 om vissa enhetliga regler för internationella lufttransporter
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NSAB 2000	Speditörförbunds Allmänna Bestämmelser 2000
SvJT	Svensk Juristtidning

1 Inledning

1.1 Introduktion

Bland det första en blivande jurist får lära sig är att våra svenska rättsregler inte bara finns i den blåa lagboken. Lagarna i lagboken är bara en liten del av samtliga rättsregler, övriga finns på andra ställen. Gemensamt för rättsreglerna är emellertid att de härstammar från de så kallade rättskällorna, som är ett visst antal. Men det förklaras inte omedelbart vad en rättskälla är och vilka dessa är. Däremot är det uppenbart att dessa frågor är centrala och det är också där man alltid börjar besvara en rättsfråga.

I ett rättssystem likt det svenska, där regler och inte enskilda människors åsikter ska avgöra mål, är det viktigt att veta vilka regler som är relevanta. Domstolen ska som huvudregel endast tillämpa sådana regler som kommer från en rättskälla. Detta gäller alla domstolar. Men på senare tid har Högsta domstolen hänvisat till material som traditionellt sett inte har räknats som en rättskälla. Det är därför intressant att fråga sig vad detta är för slags material och hur Högsta domstolen använder det.

Dessa frågor känns igen från den debatt som fördes när hänvisningar till Draft Common Frame of Reference (DCFR)² började förekomma i Högsta domstolens domskäl. Två falanger skapades, med skilda uppfattningar om DCFR skulle räknas som en rättskälla.³ Eftersom det varken fanns eller finns ett facit, resulterade inte debatten i att någon av falangerna ”fick rätt”, men idag kan man i vart fall konstatera att intresset för DCFR har svalnat. I stället syns en ökning av hänvisningar till rätt från de övriga nordiska länderna i

² Von Bar, Clive (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition, 2009. DCFR är ett förslag till en gemensam referensram på det civilrättsliga området. Det finns andra internationella modellagar för civilrätten som fyller ungefär samma funktion som DCFR. Principles of European Contract Law (PECL) är ett annat exempel på en sådan.

³ Jfr. exempelvis Munukka, J. (2010), 'Transnationella principer – rättskälla vid bestämning av återförsäljares rätt till uppsägningstid', s. 29 f. och Arvidsson, N. (2010), Aktieägaravtal: särskilt om besluts- och överlåtelsebindningar, s. 41 not nr 63 för två motstående uppfattningar.

förmögenhetsrättsliga mål. Den gamla diskussionen återkommer därmed och jag frågar mig därför på nytt: utgör det nordiska materialet⁴ en rättskälla? Om det inte gör det, varför använder Högsta domstolen det i sådant fall?

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att med utgångspunkt i en rättspositivistisk syn undersöka om nordisk rätt numera räknas som en rättskälla.

För att uppnå uppsatsens syfte utgår jag från följande frågeställningar:

1. Vad är det som gör att något betraktas som en rättskälla i svensk rätt?
2. Kan Högsta domstolen använda ett material utan att materialet genom användningen räknas som en rättskälla?
3. Räknas nordisk rätt som en rättskälla med anledning av det sätt som Högsta domstolens använder den?

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen syftar till att undersöka om nordisk rätt räknas som en rättskälla *de lege lata*, men kommer inte behandla frågan om nordisk rätt borde vara en rättskälla *de lege ferenda*. I linje med detta kommer inte heller argumentationen i rättsfallen värderas: den normativa frågan om hur domstolen *bör* argumentera och döma faller utanför uppsatsen.

I uppsatsen behandlas endast avgöranden i dispositiva obligationsrättsliga tvistemål. En del andra avgränsningar och begränsningar relaterade till materialet framgår också av materialavsnittet i 2.3.2.

⁴ Med nordisk rätt eller material åsyftas här juridiskt material från Danmark, Finland och Norge.

1.4 Disposition

Uppsatsen består i huvudsak av en teoridel och en mer praktiskt orienterad del (kapitel 2 respektive 3). I kapitel 2 beskriver jag de teoretiska utgångspunkterna inklusive metoden och materialet. I kapitlet definieras bland annat begreppet rättskälla och jag gör ett försök att beskriva hur man kan se om ett material i en dom används som en rättskälla eller som något annat. I kapitel 3 beskriver jag, med utgångspunkt i teorin, hur nordisk rätt används i de valda rättsfallen. Rättsfallen behandlas i tur och ordning, från nyast till äldst, och parallellt med detta gör jag en löpande reflektion i vilken teori och praktik vävs ihop. Avslutningsvis presenteras de sammanfattande slutsatserna i kapitel 4, varigenom frågeställningarna besvaras.

2 Teori, metod och material

2.1 Rättskällor – vad och varför?

Det svenska rättssystemet är en nomokrati. Med det menas att det är ett regelstyre. Tanken är att domare inte ska lösa rättsliga frågor utifrån egna värderingar, utan genom att tillämpa rättsregler.⁵

En rättsregel är en regel som härrör från en rättskälla. Användningen av rättsregler innebär att istället för personstyre, styr reglerna. Det är *rule of law* istället för *rule of men*. Genom nomokratin begränsas domarens makt. Rättstillämpningen utgörs visserligen av en blandning av *rule of law* och *rule of men*, eftersom den innebär ett tolknings- och utfyllningsarbete.⁶ Domare besitter därmed onekligen en viss makt, inte minst i oklara situationer som aktualiserar utfyllning och skönsmässiga bedömningar.⁷ Nomokrati brukar dock motiveras just med hänvisning till att domarens möjlighet att missbruka sin domarmakt begränsas. Andra argument är förutsebarhet och demokrati. Förutsebarheten främjas av att domare tillämpar förutbestämda regler och demokratin främjas av att domare inte tillämpar sina egna regler, vilka saknar demokratisk legitimitet.⁸

Vårt regelsystem är därtill dynamiskt, vilket betyder att det ständigt tillkommer och försvinner regler.⁹ Vid en viss tidpunkt finns därmed ett bestämt antal regler, men det säger i sig inget om vilka rättsregler som gäller före respektive efter denna tidpunkt. För att ett dynamiskt regelsystem ska kunna upprätthållas behövs därför ett sätt att veta vilka av alla regler som har rättslig auktoritet.¹⁰ Det är här begreppet rättskälla får betydelse. Regler från

⁵ Se Dahlman, C. (2010), Rätt och rättfärdigande, s. 18 f.

⁶ Se Dahlman, C. (2019), *Begreppet rättskälla* i Juridiska grundbegrepp. Vänbok till David Reidhav, s. 60.

⁷ Jfr. avsnitt 2.4.1.

⁸ Jfr. 1 kap. 1 § regeringsformen; Se Dahlman, *Begreppet rättskälla*, s. 60; Dahlman, Rätt och rättfärdigande, s. 63 ff.

⁹ Se Dahlman, Rätt och rättfärdigande, s. 14 f.

¹⁰ *Ibid.* s. 61.

en rättskälla har rättslig auktoritet. Jag kommer i det följande att behandla vad som krävs för att ett material ska räknas som en rättskälla, och vad det innebär att en regel har rättslig auktoritet.

2.2 Erkänningsregler

”När vi undrar vilka källor som räknas som rättskällor, så frågar vi efter rekvisiten i de regler vars följd är att något ska räknas som en rättskälla”¹¹, skriver Dahlman. Det finns alltså regler som pekar ut visst material, vissa källor, som rättskällor.

Dessa regler kallas *erkänningsregler*, och är en grundläggande del av en rättspositivistisk syn på rättsordningen.¹² Hart menade att rättssystem består av primära och sekundära rättsregler. De primära rättsreglerna utgör lagens materiella innehåll, medan de sekundära rättsreglerna är regler om regler. De sekundära reglerna sätter ramarna för de primära reglerna. En erkänningsregel, eller på engelska *rule of recognition*, är en sådan sekundär rättsregel som pekar ut rättskällor.¹³ Detta gör den genom att den – precis som alla andra regler – innehåller rekvisit och en eller flera rättsföljder. Om rekvisiten i en erkänningsregel uppfylls blir rättsföljden alltså att ett visst material räknas som en rättskälla.¹⁴

Det finns inga lagfästa erkänningsregler i Sverige.¹⁵ De svenska erkänningsreglerna är istället oskrivna sociala konventioner som skapar normativa handlingsmönster. Dessa mönster är handlingsmönster som ett visst aktörskollektiv företar kategoriskt och som aktörskollektivet betraktar

¹¹ Dahlman, Rätt och rättfärdigande, s. 58.

¹² Se avsnitt 2.3.3. Rättspositivism.

¹³ Hart, H.L.A. (1994), *The concept of law*, s. 94 f.

¹⁴ Det är fråga om en s.k. konstituerande regel, alltså en regel som konstituerar en ny rättslig status (skapar s.k. institutionella fakta). Se Searle, J.R. (1969), *Speech acts: an essay in the philosophy of language*, s. 33 ff. och Sevelin, E. (2019), *Begreppet rättsregel i Juridiska grundbegrepp. Vänbok till David Reidhav*, s. 126.

¹⁵ Se Dahlman, *Begreppet rättskälla*, s. 62.

som en måttstock för vad man får eller bör göra.¹⁶ Om aktörskollektivet svenska jurister behandlar ett visst material, låt säga förarbeten, som en rättskälla blir innehållet i den sedvanerättsliga regeln att förarbeten räknas som en rättskälla. Om svenska jurister räknar förarbeten som en rättskälla, finns därmed en svensk erkänningsregel som säger att förarbeten räknas som en rättskälla. Med andra ord skulle man kunna säga att ett gemensamt rekvisit i samtliga svenska erkänningsregler är ”svenska jurister anser att ett visst material räknas som en rättskälla”. I sådant fall skulle en gemensam erkänningsregel skrivas som ”om svenska jurister anser att ett visst material räknas som en rättskälla så är det en rättskälla”. Denna kan sedan delas upp i olika erkänningsregler för olika material, även om det egentligen handlar om att tillämpa samma typ av regel. För förarbeten ska alltså frågan ställas: ”Anser svenska jurister att förarbeten räknas som en rättskälla?” Om svaret är ja (vilket man bör kunna säga att det är), kommer rekvisitet att vara uppfyllt och rättsföljden – att förarbeten räknas som en rättskälla – inträder.

Därmed är det fastställt vilket material som räknas som en rättskälla. Detta material innehåller bland annat regler. Men det gör också en rad andra material. Skillnaden mellan de regler som följer av en rättskälla och de regler som inte följer av en rättskälla är att regler från en rättskälla har *rättslig auktoritet*. Det innebär att regelns *ursprung* utgör handlingsskäl för rättstillämparen. Att skälet bygger på ursprung är väsentligt, eftersom det finns två typer av handlingsskäl: auktoritetskäl och sakskäl. Sakskäl är handlingsskäl på grund av *innehåll*. Av sakskäl tillämpar man en regel därför att man tycker att innehållet i regeln är bra. Auktoritetskäl är istället handlingsskäl på grund av ursprung. Det betyder att regeln utgör handlingsskäl oberoende av sitt innehåll.¹⁷ Om en domare inte håller med om innehållet i en rättsregel, till exempel en lagregel, måste domaren tillämpa regeln i alla fall, just för att regeln har sin härkomst i rättskällan lag och därför utgör auktoritetskäl. Därigenom uppnås *rule of law* istället för *rule of men*.

¹⁶ Se Arvidsson, N. (2019), *Begreppet sedvana* i Juridiska grundbegrepp, Vänbok till David Reidhav, s. 198 ff.

¹⁷ Se Dahlman, *Begreppet rättskälla*, s. 65; Dryselius, (opublicerad), Lundaskolan och rättskällorna, s. 3.

2.3 Rättsdogmatisk metod, material och rättspositivism

2.3.1 Metod

När en domstol avgör ett mål hänvisar domstolen bland annat till olika rättsregler. Men den hänvisar också till annat material. Detta gäller underinstanser såväl som Högsta domstolen. Att Högsta domstolen *hänvisar* till en källa betyder alltså inte, mot bakgrund av ovanstående, att källan per definition räknas som en rättskälla.¹⁸ Istället är det avgörande huruvida reglerna som springer ur den källan har rättslig auktoritet. För att veta om ett visst material är en rättskälla måste vi således undersöka om reglerna som härleds ur materialet tillämpas av auktoritetsskäl eller av sakskaäl. Att undersöka detta är som vi ser en metod för att ta reda på om nordisk rätt räknas som en rättskälla, eller annorlunda uttryckt, för att ta reda på om det finns en erkänningsregel som säger att nordisk rätt räknas som en rättskälla.

Att på detta sätt se om en erkänningsregel kan rekonstrueras, är att med en rättsdogmatisk metod besvara en fråga *de lege lata*.¹⁹ Jag ska fastställa innehållet i den gällande rätten. När en regel ska rekonstrueras anger rättskällevärdet vilket material som ska användas. Detta gäller även för erkänningsregler. Eftersom erkänningsreglerna i den svenska rättsordningen inte är lagstadgade, krävs en empirisk undersökning för att utreda innehållet i en sådan regel. I detta fall är det empiriskt material i form av praxis från Högsta domstolen som kommer användas då erkänningsregelns innehåll ska fastställas. Detta avviker därmed från en vanlig undersökning av hur ett aktörskollektiv agerar. Erkänningsreglerna är egentligen sedvanerättsliga, men eftersom en empirisk kartläggning av sedvanan genom en utfrågning av svenska jurister i allmänhet inte låter sig göras inom ramen för denna uppsats,

¹⁸ Jfr. Arvidsson, Aktieägaravtal, s. 41 not nr 63. För en annan uppfattning, se Ramberg, C. m.fl. (2018), Rättskällor: en introduktion i kritiskt tänkande, s. 11, där rättskällor beskrivs just som "ett samlingsnamn på material som jurister hänvisar till".

¹⁹ Jfr. Jareborg, N. (2004), 'Rättsdogmatik som vetenskap', *SvJT* s. 1 ff. där den rättsdogmatiska metoden beskrivs som en rekonstruktion av rätten.

utgår jag istället från Högsta domstolens praxis. Detta gör dessutom att jag får en utgångspunkt, eftersom det redan finns en erkänningsregel – genom en kollektiv uppfattning bland svenska jurister – som säger att praxis från Högsta domstolen är en rättskälla. Som kommer att visas nedan kan denna uppfattning ifrågasättas, bland annat genom att det inte räcker att se att ett visst material har använts, utan man måste också undersöka på vilket sätt materialet har använts.

2.3.2 Material

Jag har sökt fram domar från Högsta domstolen i vilka nordisk rätt förekommer. Dessa domar kommer analyseras för att en generell slutsats sedan ska kunna dras. Eftersom ett examensarbete är en monografi av begränsad omfattning valde jag av praktiska skäl att utesluta avgöranden äldre än 2010.

För identifiering av referat från år 2010 till och med år 2017 utgick jag från Johnny Herres festskriftsbidrag *Användningen av utländsk rätt i Högsta domstolen på det förmögenhetsrättsliga området*.²⁰ I detta behandlar han rättsfall som innehåller hänvisningar till utländsk rätt. Från och med år 2018 till och med år 2021 gjordes urvalet genom att jag tog fram alla tvistemålsavgöranden för dessa år på Högsta domstolens hemsida²¹ och med hjälp av webbläsarens sökfunktion sökte på orden ”norsk”, ”dansk”, ”finländsk”, ”finsk”, ”Norden” och ”loven”. Rättsfall som innehöll dessa ord granskades för att irrelevanta fall skulle kunna sällas ut, exempelvis fall där träffen på sökorden endast berott på förekomsten av egennamn som innehållit något av orden. På samma sätt och med samma sökord genomfördes också en sökning på databasen InfoTorg Juridik. Avgörandena från InfoTorg innehöll även föredragandens betänkande. De fall där sökorden endast fick träffar i föredragandens betänkande och inte i Högsta domstolens domskäl sorterades bort, eftersom

²⁰ Herre, J. (2018), *Användningen av utländsk rätt i Högsta domstolen på det förmögenhetsrättsliga området*, i *Festskrift til Mads Bryde Andersen*.

²¹ Högsta domstolen, Sveriges domstolar, <https://www.domstol.se/hogsta-domstolen/avgoranden/>.

föredragandenas betänkande bara är förslag till dom och inte har något rättskällevärde.²² Av samma anledning uteslöts avgöranden där sökorden bara fått träffar i justitierådets särskilda yttranden och tillägg.²³ De däri gjorda hänvisningarna till nordisk rätt kunde redan i det skedet avfärdas som *obiter dicta*. Efter denna sökning och bortsällning återstod 20 rättsfall med hänvisningar till nordisk rätt.²⁴

Jag gör inte anspråk på att ha gjort en uttömmande sökning. Ambitionen har enbart varit att ta fram ett så pass stort urval att det blir möjligt att dra slutsatser rörande Högsta domstolens användning av nordisk rätt. Av den anledningen har jag ytterligare begränsat mitt urval till att endast omfatta de 15 senaste domarna. Jag anser nämligen att denna mängd är tillräcklig för att slutsatser ska kunna dras.²⁵

2.3.3 Rättspositivism

Valet av metod är en naturlig följd av uppsatsens rättspositivistiska perspektiv. Utgångspunkten att ett materials status som rättskälla beror på materialets ursprung (genom en erkänningsregel) och inte dess innehåll, är nämligen ett uttryck för uppsatsens rättspositivistiska ansats och metod.²⁶ Den rättspositivistiska separationstesen, eller *separability thesis* på engelska, säger att rätt och moral är begreppsligt åtskilda.²⁷ Den sociala tesen, *the social thesis*, är en annan viktig rättspositivistisk hörnsten, som innebär att gällande rätt fastställs med faktueella kriterier, det vill säga genom empiri.²⁸ Detta sker

²² Jfr. exempelvis Lehrberg, B. (2018), *Praktisk juridisk metod*, s. 189 f.

²³ Jfr. exempelvis Ramberg, C. m.fl. *Rättskällor: en introduktion i kritiskt tänkande*, s. 44 f. och Heuman, L. (2017), *Rättspraxis*, i *Finna rätt*, s. 163 f.

²⁴ Hänvisningar till nordisk rätt som förekommer i justitierådets skiljaktiga meningar, särskilda yttranden eller i föredragandens betänkande i de avgöranden som slutligen har valts ut behandlas endast i undantagsfall.

²⁵ Rättsfall som innehåller hänvisningar till nordisk rätt, men som blivit bortsorterade därför att de endast innehåller hänvisningar till nordisk rätt i särskilda yttranden, i tillägg, i föredragandenas domsförslag eller inte utgör de 15 senaste domarna: NJA 2010 s. 58; NJA 2010 s. 467; NJA 2012 s. 597; NJA 2012 s. 725; NJA 2013 s. 524; NJA 2014 s. 629; NJA 2014 s. 760; NJA 2016 s. 1176; NJA 2017 s. 482.

²⁶ Jfr. Dryselius, D. (2019), *Avtalsviten: effekter och rättsverkningar*, s. 49.

²⁷ Se Spaak, T. (2018), *Rättspositivism och juridisk metod* i *Juridisk metodlära*, s. 55 ff. och Sevelin, E. (2017), *Facts in the Law: A Legal Positivist Conception of the Law/fact distinction*, s. 61.

²⁸ *Ibid.*

genom att erkänningsregeln kan utläsas av juristers faktiska handlande, utan behov av moraliska omdömen, och är därmed rättspositivistisk.²⁹

Min förståelse av rättskällor och rättsregler är alltså en rättspositivistisk förståelse. Rätten är positiv, något som existerar och går att undersöka, och är skapad av människor.³⁰ Det ska här också sägas att det finns andra sätt att se på rätten och dess källor.³¹ Dels finns bland annat naturrätten som erbjuder ett motsatt synsätt, dels finns andra rättspositivistiska sätt att förstå rätten på. Som exempel kan nämnas den av Ross utvecklade prognosteorin, enligt vilken gällande rätt enbart utgörs av vad domstolen tillämpar.³² Prognosteorin definierar alltså gällande rätt som vad som är gällande rätt enligt domstolarna, men tar inte hänsyn till vad som är gällande rätt för domstolarna.³³

2.4 Användningen av nordisk rätt i teorin

2.4.1 Sakskäl för utfyllning av luckor

Enligt den rättspositivistiska synen ska domstolen tillämpa ett material av auktoritetsskäl. Skälen att en domstol använder ett visst material är dock sällan uttryckliga. Hur vet man då om domstolen tillämpar ett visst material av sakskäl eller auktoritetsskäl? Ett sätt att avgöra det är att identifiera de situationer då domstolen är nödgad att handla på grund av sakskäl.

Att rätten kan vara ofullständig och inte alltid erbjuder svar är något rättspositivister är överens om.³⁴ I sådana situationer har domstolarna i dispositiva tvistemål kompetens att skapa rätten för att på så sätt få svar.³⁵

²⁹ Se Zetterquist, O. (2019), *Begreppet prejudikat* i Juridiska grundbegrepp. Vänbok till David Reidhav, s. 178 not. 37.

³⁰ Se Spaak, T. (2018), *Rättspositivism och juridisk metod* i Juridisk metodlära, s. 54.

³¹ Och det går inte att säga att en teori om rätten är mer sann eller korrekt än en annan. Se t.ex. Arvidsson, Aktieägaravtal, s. 34.

³² Jfr. Ross, A. (2013), Om ret og retfærdigande, s. 121 ff.

³³ Se Dahlman, Rätt och rättfärdigande, s. 20 f.

³⁴ Se Spaak, T. *Rättspositivism och juridisk metod*, s. 48 och Hart., *The Concept of Law*, s. 128 f., som talar om "the open texture of the law".

³⁵ Denna kompetens är mycket större inom civilrätten än inom straffrätten, eftersom den straffrättsliga legalitetsprincipen innebär att domstolen måste döma med stöd i lag. Se Arvidsson, Aktieägaravtal, s. 40 not. 54.

Domstolen uppträder alltså som en normgivare när lagreglerna, på grund av att de är oklara eller ofullständiga, behöver tolkas, fyllas ut eller skapas. Vi ser därmed att normgivning kan ske dels genom lagstiftning, dels genom domarskapad rätt.³⁶ Denna normgivningskompetens följer av att domstolen har en skyldighet att döma även när rätten inte ger klara besked. Skyldigheten är ett utfall av principen om *dénie de justice* eller *non liquet*, som den också kallas, vilken bland annat kan härledas från art. 6 i EKMR om rätten till en rättvis rättegång.³⁷ Arvidsson gör skillnad mellan rättsbildningskompetens och diskretionär beslutskompetens. Det är inte bara Högsta domstolen som är nödgad att hitta en lösning när rättsligt oreglerade frågor ska avgöras utan även underinstanserna måste göra detta. När domstolarna på detta sätt finner en lösning utnyttjar de den diskretionära beslutskompetensen. Eftersom endast Högsta domstolen är prejudikatinstans som kan normgiva, är det enbart när just HD utnyttjar sin diskretionära beslutskompetens som en ny rättsregel skapas och även rättsbildningskompetensen utnyttjas.³⁸

Ibland är rätten ofullständig, därför att det råder brist på lagregler, och behöver därav kompletteras. Även avtal kan efter att ha tolkats vara ofullständiga och sakna innehåll som reglerar en aktuell fråga. Utgångspunkten när avtal är ofullständiga och måste fyllas ut, är att domstolen tillämpar dispositiva rättsnormer. Detta förfarande kallas för *bunden utfyllning*, och förutsätter att det finns dispositiv rätt som kan tillämpas. Om den dispositiva rätten inte existerar måste den skapas av domstolen och då är det fråga om så kallad *fri utfyllning*.³⁹

Ibland är det istället så att rätten är för oprecis och måste vidareutvecklas av domstolen för att ges en mer precis innebörd.⁴⁰ En ”oprecis” rätt brukar vara

³⁶ Svensson, O. (2019), *Begreppet normgivning* i Juridiska grundbegrepp. Vänbok till David Reidhav, s. 80.

³⁷ Se Peczenik, A. (1995), *Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära*, s. 55.

³⁸ Se Arvidsson, *Aktieägaravtal*, s. 40 ff.

³⁹ Dryselius, D. *Avtalsviten*, s. 58 ff.

⁴⁰ Svensson, O. (2019), *Begreppet normgivning* i Juridiska grundbegrepp. Vänbok till David Reidhav, s. 87.

utformad som allmänna bedömningsstandarder. Allmänna bedömningsstandarder möjliggör för flexibla lösningar och därmed rättvisa i det enskilda fallet, medan konkretare lagregler främjar förutsebarhet och rättssäkerhet.⁴¹ Om en viss fråga regleras av konkreta lagregler, det vill säga lagregler som på ett preciserat sätt anger rekvisit och rättsföljder, minskar domstolens normgivningskompetens. Om en lag istället är en allmän bedömningsstandard överläts normgivningsmakten i större utsträckning till Högsta domstolen, som genom prejudikatbildning påverkar reglernas innehåll när den preciserar bedömningen.⁴²

När domstolen genom sin diskretionära beslutskompetens ska besvara rättsfrågor som saknar svar i rättskällorna gör den ett rättspolitiskt ställningstagande.⁴³ Frågor som inte kan besvaras utifrån gällande rätt är rättspolitiska frågor. Frågor om hur man bör lösa situationer som inte har något svar, alltså hur luckor i rätten bör hanteras är, med Arvidssons begreppsapparat, så kallade *svaga rättspolitiska frågor*.⁴⁴ Dessa frågor kategoriserar Arvidsson som frågor tillhörande det *rättspolitiska rummet*. Frågor som det däremot går att ha rättslig kunskap om är *epistemiska frågor* som befinner sig i det så kallade *epistemiska rummet*.

När domstolen ska besvara en svag rättspolitisk fråga saknas tillämpliga rättsregler (annars hade det varit en epistemisk fråga). Domstolen måste då, inom ramen för sin diskretionära beslutskompetens, hitta argument i oförbindande material, som vi kan kalla för *inspirationskällor*, för att besvara frågan. En inspirationskälla får inte förväxlas med en rättskälla. När Högsta domstolen har använt sin rättsbildningskompetens och besvarat den rättspolitiska frågan, skapas en rättsregel och frågan flyttar sig i och med det från det rättspolitiska rummet till det epistemiska. Löser Högsta domstolen en fråga genom fri utfyllning en gång, kommer en domstol lösa frågan genom

⁴¹ Ibid. s. 91.

⁴² Ibid. s. 93.

⁴³ Se Arvidsson, N. Aktieägaravtal, s. 36.

⁴⁴ Det finns två typer av rättspolitiska frågor. Den andra typen är *starka* rättspolitiska frågor och rör spörsmål om huruvida man bör förändra innehållet i gällande rätt, Arvidsson, N. Aktieägaravtal, s 39.

bunden utfyllning nästa gång, eftersom det då redan finns dispositiv rätt som reglerar frågan. En fråga som avgörs genom Högsta domstolens rättsbildningskompetens kan därmed bara avgöras på det sättet en gång.⁴⁵ Ur det perspektivet har inspirationskällan visserligen påverkat gällande rätt.

Hur domstolen bör skapa rätten är en normativ fråga. Svensson skriver att det är eftersträvansvärt att normgivning grundas på sakskaal, medan fastslåendet av gällande rätt och rättstillämpning sker på basis av auktoritetskaal.⁴⁶ Sakskaalen hittar domstolen i inspirationskaallorna. I rättsfallsanalysen blir det därför centralt att avgöra vad som är rättstillämpning och vad som är rättsskapande. Använder domstolen nordisk rätt som en inspirationskaalla för att skapa rätt eller tillämpas den nordiska rätten direkt? Denna fråga är ungefär samma fråga som domstolens handlingsskaal – utgör nordisk rätt sakskaal eller auktoritetskaal?

2.4.2 Obiter dictum

Att Högsta domstolen skapar en rättsregel när den har använt sin normgivningskompetens i fall som de ovan beskrivna beror på att Högsta domstolens domar av juristkollektivet räknas som en rättskaalla. Man brukar säga att domarna har ett prejudikatvärde. Hela domskaalen brukar dock inte anses ha prejudikatvärde, utan prejudikatets värde som rättskaalla är högst för fallets *ratio decidendi*, vilket är grunden för avgörandet. Det kan formuleras som att den rättsregel som avgörandet grundar sig på uttrycks i *ratio decidendi*.⁴⁷ Men domskaalen består även av annat material. Detta är fallets *obiter dicta* och har inte samma värde.⁴⁸ *Obiter dictum* betyder ”vid sidan om saken”.⁴⁹ Även om domskaalen som utgör *obiter dictum* tas bort eller ändras, behöver inte domslutet ändras, eftersom *obiter dictum* inte har någon betydelse för målets utgång. *Ratio decidendi* omfattar däremot de skaal som är

⁴⁵ Se Dryselius, *Avtalsviten*, s. 61 och Arvidsson, *Aktieägaravtal*, s. 39.

⁴⁶ Se Svensson, *Begreppet normgivning*, s. 110 f.

⁴⁷ Se Svensson, *Begreppet normgivning*, s. 90. Jfr. Ramberg, C. (2017), *Prejudikat som rättskaalla i förmögenhetsrätten*, s. 171 ff.

⁴⁸ Se Zetterquist, *Begreppet prejudikat*, s. 172 f. och Gregow, T. (2015), ’*Obiter dictum* – något att uppmuntra eller motarbeta?’ i *JT* 2015–16 s. 36 ff.

⁴⁹ *Ibid.*

nödvändiga för fallets utgång.⁵⁰ Kort och gott: *Obiter dicta* utgör inte auktoritetsskäl och saknar därför prejudikatvärde.⁵¹

2.5 Sammanfattning av de teoretiska utgångspunkterna

De teoretiska förutsättningarna kan sammanfattas på följande vis: Om man ser att Högsta domstolen har använt ett visst material som stöd i sin dom kanske man, som exempelvis Ramberg, drar slutsatsen att Högsta domstolen har räknat det materialet som en rättskälla.⁵² Man måste dock undersöka *hur* och *varför* domstolen har använt materialet i fråga innan man kan göra ett sådant konstaterande.

Utifrån det ovan anförda kan vi tänka oss att nordisk rätt används i tre typfall. Det första alternativet är att materialet tillämpas direkt. Det skulle tala för att nordisk rätt är en (svensk) rättskälla. Det andra alternativet är att reglerna i nordisk rätt inte tillämpas direkt, men att materialet fungerar som en inspirationskälla när domstolen använder sin normgivningskompetens för att skapa en ny regel. Den typen av fall talar för att nordisk rätt räknas som ett utomrättsligt material, inte en rättskälla. Det tredje alternativet är fall där nordisk rätt egentligen inte hade behövts för att komma fram till domslutet (utgör *obiter dicta*). Även denna tredje kategori av fall talar för att nordisk rätt inte räknas som en rättskälla. Den delen av domskälen där den nordiska rätten förekommer i den tredje typen av fall har inte ens rättskällevärde.

⁵⁰ Se Peczenik, A, Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära, s. 37 f.

⁵¹ Se Svensson, *Begreppet normgivning*, s. 90.

⁵² Jfr. Ramberg, C. m.fl. Rättskällor, s. 11

3 Användningen av nordisk rätt i praktiken

3.1 "Fullmaktsgivarens död" – NJA 2020 s. 446

I NJA 2020 s. 446 var frågan om en fullmakt skulle anses vara giltig efter fullmaktsgivarens död.⁵³ Av 21 § första stycket första meningen i lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (avtalslagen) framgår att om en fullmaktsgivare dör gäller fullmakten enligt huvudregeln, såvida särskilda omständigheter inte föranleder att den ska vara förfallen. Frågan blev i vilka fall denna undantagsregel skulle tillämpas.⁵⁴

Högsta domstolen konstaterade att frågan om vad som kan utgöra särskilda omständigheter har behandlats i förarbetena. Enligt dessa kan de särskilda omständigheterna till exempel vara sådana att fullmaktsgivaren gett någon en fullmakt att köpa en bostad lämpad för fullmaktsgivarens personliga förhållanden. Om fullmaktsgivaren sedan dör innan köpet ägt rum, är förutsättningarna för fullmaktens brukande inte längre för handen och fullmakten borde förlora sin giltighet.⁵⁵

Domstolen hänvisade sedan till en nordisk doktrin när den beskrev att den dominerande uppfattningen i den juridiska litteraturen, såväl i Sverige som i övriga Norden, var att undantagsregeln skulle tillämpas restriktivt och endast i fall av det slag som exemplifieras i förarbetena. Ett exempel på detta kunde vara då fullmakten avser en rättshandling som har ett starkt samband med fullmaktsgivarens person då den lever och som förlorar sin mening i och med

⁵³ Se NJA 2020 s. 446, p. 5.

⁵⁴ Se NJA 2020 s. 446, p. 6 och 14.

⁵⁵ Se NJA 2020 s. 446, p. 15.

ett dödsfall. I doktrin förekom dock också uppfattningen att undantagsregeln skulle ges en bred tillämpning.⁵⁶

Efter att ha redogjort för uppfattningarna i doktrinen uttalade domstolen att det genom uttalandena i förarbetena stod klart att särskilda omständigheter endast föreligger i rena undantagsfall. Det framstår därmed som om domstolen bara redogjorde för den dominerande uppfattningen i doktrinen som stöd för slutsatsen att undantagsregeln har ett snävt tillämpningsområde, men att den juridiska litteraturen från Sverige och övriga Norden inte var nödvändig för domslutet och därmed utgör *obiter dictum*.

3.2 "Badrumsfallen" – NJA 2019 s. 807 och mål T 2829-19

I NJA 2019 s. 807, "Badrummet", hade en bostadsrätt sålts i befintligt skick. Efter tillträdet konstaterades brister i badrummet som köparen behövde åtgärda. När köparen krävde att få kostnaden för åtgärdandet av bristerna ersatt av säljaren, gjorde säljaren gällande att lägenheten sålts i befintligt skick och inte varit i väsentligt sämre skick än vad köparen kunnat förutsätta.

Köplagen (1990:931), som är tillämplig på bostadsrättsköp, är dispositiv. Säljarens felansvar följer därför i första hand av vad som är avtalat. Genom klausulen "i befintligt skick" kan en säljare inskränka sitt felansvar. Avtalsfriheten begränsas emellertid av 19 § köplagen, enligt vilken säljaren, trots "befintligt skick"-klausul, är ansvarig om varan är i *väsentligt* sämre skick än köparen med hänsyn till varans pris och övriga omständigheter med fog har kunnat förutsätta.⁵⁷

Högsta domstolen klaggjorde dessa utgångspunkter och gick sedan vidare till väsentlighetsbedömningen där den uttryckte att förhållandet mellan varans pris och varans värde i bristfälligt skick ger en kvantitativ hållpunkt för bedömningen. Varans pris minskat med utgifterna för att avhjälpa bristerna

⁵⁶ Se NJA 2020 s. 446, p. 16.

⁵⁷ Se 1 och 3 §§ samt 19 § första stycket 3 köplagen.

kan antas motsvara värdet i bristfälligt skick och om utgiften bara utgör några procent av priset rör det sig inte om ett uppenbart missförhållande. Då kan bostadsrätten anses felaktig bara om övriga omständigheter har tillräcklig tyngd. Vid klargörandet av dessa utgångspunkter hänvisade domstolen till ett avgörande i Norges Høyesterett samt till norsk litteratur.⁵⁸

Kostnaden för att åtgärda bristerna motsvarade cirka 3 procent av priset för bostadsrätten, vilket domstolen bedömde som en tillåten värdeavvikelse och ogillade därför talan.⁵⁹ I Högsta domstolens dom den 10 december 2020 i mål nummer T 2829–19, benämnt ”Badrummet i radhuset”, motsvarade felens värde istället 6 procent av bostadsrättens pris. Omständigheterna i fallet liknade de i NJA 2019 s. 807, bland annat att bostadsrätten hade sålts i befintligt skick och att prövningen gjordes enligt 19 § köplagen. En av frågorna var om avvikelserna på 6 procent var sådana att bostadsrätten skulle anses vara felaktig enligt 19 § köplagen trots en klausul om ”befintligt skick”.⁶⁰

Domstolen hänvisade till att värdeavvikelsen på 3 procent av köpeskillingen inte hade uppfyllt väsentlighetskriteriet i ”Badrummet” NJA 2019 s. 807 och till det i ”Badrummet” nämnda norska rättsfall (HR-2010-233-A, där 3,36 procent av priset inte ansetts tillräckligt).⁶¹ Domstolen nämnde också att det kan finnas omständigheter, förutom det kvantitativa elementet, som det kan finnas skäl att beakta och hämtade exempel på sådana omständigheter från norska rättsfall: ”jfr för norsk rätts del HR-2007-1874-A och HR-2010-233-A”⁶². Därefter konstaterade Högsta domstolen att värdeskillnaden på cirka 6 procent vid en kvantitativ bedömning fick anses uppfylla väsentlighetskriteriet och nämnde jämförelsevis två norska rättsfall där avvikelser om cirka 6 procent respektive 5,5 procent ansetts tillräckligt.⁶³

⁵⁸ Se NJA 2019 s. 807, p. 12.

⁵⁹ Se NJA 2019 s. 807, p. 17.

⁶⁰ Se mål T 2829–19, p. 6.

⁶¹ Se mål T 2829–19, p. 25.

⁶² Se mål T 2829–19, p. 27.

⁶³ Se mål T 2829–19, p. 66. I målet användes också nordisk rätt genom hänvisningar till norska och danska rättsfall då domstolen förtydligade att även om värdeskillnaden, i enlighet med ”Badrummet” NJA 2019 s. 807, normalt får antas motsvara

Bristerna i det aktuella fallet avsåg dessutom centrala funktioner i bostadsrätten.

I dessa två fall tillämpade Högsta domstolen en opreciserad lagregel. Väsentlighetsrequisitet i 19 § första stycket 3 köplagen kräver en bedömning, eftersom det inte framgår vad som är ett *väsentligt* sämre skick än köparen med fog kunnat förutsätta. Ett utrymme lämnas därmed åt domstolen att genom prejudikatbildning precisera regelns innehåll. I sina två avgöranden har Högsta domstolen, genom sin normgivningskompetens, tydliggjort regeln: gränsen för en tillåten värdeavvikelse när en vara säljs i befintligt skick ligger någonstans i intervallet 3 till 6 procent av köpeskillingen. När Högsta domstolen tog ställning till vad som skulle räknas som väsentligt enligt 19 § första stycket 3, stod den inför en svag rättspolitisk fråga.⁶⁴ Svaga rättspolitiska frågor karakteriseras som tidigare nämnts av att de inte kan besvaras utifrån rättsregler, eftersom det inte finns några sådana. Domstolen fick då hitta inspiration och argument i oförbindande material, och det är denna funktion den nordiska rätten fyller i dessa fall.

I ”Badrummet i radhuset” används nordisk rätt även vid besvarandet av andra frågor: Köparen i målet hade yrkat prisavdrag. För frågan om lämpligheten i att ha reparationskostnaden som utgångspunkt vid beräkningen av prisavdraget, hämtades argument genom att domstolen såg till vad som gäller för norsk och dansk rätts del, varvid hänvisningar till norska och danska rättsfall och rättslitteratur gjordes.⁶⁵ Denna användning av nordisk rätt motsvarar det ovan beskrivna användningssättet. Bestämmelsen om beräkning av prisavdrag i 38 § köplagen stadgar nämligen att prisavdrag ska beräknas så att förhållandet mellan det nedsatta och det avtalade priset svarar mot förhållandet vid tidpunkten för avlämnandet mellan varans värde i felaktigt och i avtalsenligt skick, men tydliggör inte hur beräkningen ska gå till när det är svårt att fastställa värdet i felaktigt skick. Genom att vända sig

reparationskostnaden, kan det finnas vissa skäl att avvika från den kostnaden (jfr. p. 58 i målet med däri gjorda hänvisningar).

⁶⁴ Se avsnitt 2.4.1.

⁶⁵ Se mål T 2829-19, p. 52-54.

till bland annat nordisk rätt, hittar domstolen argument för en lösning, ett tydliggörande av rätten, innebärandes att reparationskostnaden kan användas i vissa fall.

3.3 ”Den betalande sambon” – NJA 2019 s. 23

I NJA 2019 s. 23 ”Den betalande sambon” hade en sambo betalat fakturor som avsett den andra sambons egendom. Efter att samborna separerat krävde den betalande sambon att få tillbaka det som han hade betalat. En av rättsfrågorna i målet var om en regel om obehörig vinst bör tillämpas i en situation som den det var fråga om, när en sambo har tillfört ett värde till den andra sambons egendom och samborna därefter separerar. Domstolen konstaterade att det rättsliga stödet för en ersättningsrätt på grund av obehörig vinst var begränsat och undersökte då om det fanns underlag för att utveckla en sådan rätt.⁶⁶

Först beskrev domstolen skäl som talade för en rätt till ersättning grundad på obehörig vinst och uttalade att det ”i sammanhanget också, för att underbygga en rätt till återkrav grundad på obehörig vinst, [kan] hänvisas till dansk och norsk rättspraxis liksom till finländsk lagstiftning och praxis (jfr t.ex. Walleng, a.a. s. 274 ff.). Med hänsyn till att regleringen av samboförhållanden skiljer sig påtagligt mellan de nordiska länderna, kan rättsläget i Danmark, Finland och Norge emellertid inte ges någon avgörande betydelse”⁶⁷. Därefter beskrevs skäl som talade mot en särskild ersättningsrätt. Domstolen kom slutligen fram till att skälen mot vägde tyngst och valde därför att inte utveckla rätten till ersättning vidare.⁶⁸

I detta fall verkar det som att nordisk rätt inte hänvisas till i kraft av sin härkomst, utan i kraft av sitt innehåll.⁶⁹ *Eftersom* de nordiska reglerna inte

⁶⁶ Se NJA 2019 s. 23, p. 20-21.

⁶⁷ Se NJA 2019 s. 23, p. 22.

⁶⁸ Se NJA 2019 s. 23, p. 23–26.

⁶⁹ Jfr. avsnitt 2.2.

liknar varandra på detta område, kan rättsläget i de övriga länderna inte ges någon avgörande betydelse. Domstolen ser här till om det är lämpligt att använda materialet och är alltså inne på frågan om sakskäl föreligger. Detta är i sig inte anmärkningsvärt, eftersom domstolen framför sig har en oreglerad situation och precis som i de ovan refererade fallen har rätt att söka argument för- och emot olika lösningar i oförbindande material.

Det kan för övrigt nämnas att de skiljaktiga justitieråden inte ansåg att det fanns tillräckligt starka skäl emot att den oreglerade frågan löstes genom en utveckling av ersättningsrätten i rättspraxis. De uttryckte att svensk rätt bör tolkas i ljuset av nordisk och övrig europeisk rätt och efter omfattande hänvisningar till vad som gäller i de andra nordiska rättsordningarna, i övrig europeisk rätt och enligt DCFR uttalade de att det fanns anledning att ”ta ett steg mot ökad nordisk rättslikhet i frågan och samtidigt uppnå ökad samsyn med europeisk rätt i övrigt”.⁷⁰

Här gör justitieråden alltså en annan bedömning än majoriteten i fråga om tyngden av argumenten i det nordiska materialet. Att de tycker att det är lämpligt att utgå från vad som gäller i Norden betyder emellertid inte att de tillämpar nordisk rätt direkt eller att de betraktar den nordiska rätten som auktoritativ. Det innebär bara att det enligt dem föreligger handlingsskäl på grund av sakskäl.

3.4 ”De ingjutna rören” – NJA 2018 s. 653

Målet gällde kostnadsansvaret för avhjälpande av fel i en rörentreprenad. För att entreprenören skulle kunna avhjälpa felet i rören, som var ingjutna i golvet, hade beställaren behövt utföra åtkomstarbeten och därefter återställningsarbeten.⁷¹ Frågan i Högsta domstolen var om dessa kostnader var avhjälpandekostnader som entreprenören var skyldig att ersätta så som beställaren menade, eller om kostnaderna utgjorde en skada som skulle ersättas med tillämpning av en bestämmelse i parternas avtal som begränsade

⁷⁰ Se NJA 2019 s. 23, skiljaktig mening p. 31.

⁷¹ Se NJA 2018 s. 653, p. 1–2.

ersättningsskyldigheten för skada till 15 procent av kontraktssumman, som entreprenören gjorde gällande.⁷²

Domstolen konstaterade inledningsvis att parternas avtal, ABT 94 (Allmänna bestämmelser för totalentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsarbeten), saknade föreskrifter som reglerade frågan och att avtalet därför behövde tolkas. Eftersom varken kontraktets ordalydelse eller systematik gav tillräcklig ledning gick domstolen över till att tolka avtalet i ljuset av den dispositiva entreprenadrätten. När den dispositiva rätten ska fastställas, påpekade domstolen, får ledning sökas i allmänna obligationsrättsliga principer och vad som gäller för närliggande avtalstyper. Domstolen gick igenom en mängd material, däribland köprättslig reglering, regleringen i ett till ABT 94 närliggande avtal (ABM 07, Allmänna bestämmelser för köp av varor i yrkesmässig byggverksamhet) och sedan regleringen i danska och norska motsvarande avtal samt dansk och norsk doktrin.⁷³

Frågan om avhjälpandeskyldigheten ska anses inbegripa sådana åtgärder som är nödvändiga för att felet ska kunna rättas till, men som inte avser felet i sig kunde inte besvaras med ledning i köprätten. Enligt ABM 07 gäller begränsningen till 15 procent av kontraktssumman för ersättning för skada inte för ”kostnader för lokalisering av felet, kostnader för åtkomst och montering av reparerad eller utbytt vara samt kostnader som uppkommit genom reparationen eller utbytet”. Enligt norsk litteratur och enligt den norska motsvarigheten till ABT 94, som i norsk rätt anses uttrycka allmänna kontraktsrättsliga principer, omfattar entreprenörens avhjälpandeskyldighet även destruerande ingrepp och efterföljande rekonstruktion av felfria delar, om det krävs för att entreprenören ska kunna åtgärda det egna felet. Det danska standardavtalet som motsvarar ABT 94 saknar bestämmelser om vad som innefattas av avhjälpandeskyldigheten, men enligt dansk doktrin gäller samma typ av reglering som i norsk rätt och uppfattningen som förekommer

⁷² Se NJA 2018 s. 653, p. 4–6.

⁷³ Se NJA 2018 s. 653, p. 9 och 20–21.

i litteraturen anses uttrycka allmänna kontraktsrättsliga principer i dansk rätt.⁷⁴

Efter att ha konstaterat detta fastställde domstolen att huvudregeln i den dispositiva rätten avseende avhjälpandeskyldighetens omfattning får anses ha den innebörden att entreprenören ska svara för alla de åtgärder som krävs för att entreprenaden ska bli avtalsenlig. Synen som förekom i Danmark och Norge gav enligt domstolen ett betydande stöd för att bakgrundsregeln skulle utformas på det viset.⁷⁵ När innehållet i regeln sedan var fastställt, bestämdes avtalsinnehållet genom tolkning i ljuset av den.

Även i NJA 2018 s. 653 fungerade alltså den nordiska rätten som ett slags stöd eller inspiration när Högsta domstolen skulle använda sin normgivningskompetens eller diskretionära beslutskompetens och skapa den dispositiva rätten. Domstolen behövde skapa bakgrundsregeln för att sedan kunna använda den för att tolka avtalet. Om domstolen inte hade gjort så, hade den inte kunnat fastställa avtalsinnehållet och i strid mot förbudet mot *non liquet* inte kunnat lösa tvisten alternativt behövt ogilla talan eftersom där inte fanns någon rättsregel att tillämpa.⁷⁶ Även om domstolen uttrycker att den tolkar avtalet och inte uppger att den fyller ut avtalet, påminner förfarandet om fri utfyllning. Nästa gång en domstol behöver tolka ett avtal som inte klart reglerar frågan om avhjälpandeskyldighetens omfattning, kommer det i och med detta mål att existera bakgrundsrecht att tolka i ljuset av.

3.5 "NSAB-försäkringen" – NJA 2018 s. 301

I fallet "NSAB-försäkringen" hade Green Cargo hyrt en lokal av Jernhusen och åtagit sig att som speditör lagra pappersrullar åt en uppdragsgivare, SCA, i den hyrda lokalen. På grund av ett vattenläckage i lokalens sprinklersystem

⁷⁴ Se NJA 2018 s. 653, p. 36–39.

⁷⁵ Ibid., p. 40.

⁷⁶ Jfr. Dryselius, Lundaskolan och rättskällorna, s. 30.

skadades pappersrullarna. Green Cargo väckte talan mot Jernhusen och krävde ersättning för de skadade pappersrullarna.⁷⁷

För lagringsuppdraget gällde Speditörförbunds Allmänna Bestämmelser (NSAB 2000). Frågan i målet var vad en lokalhyresvärd hade för ansvar när lagrat gods hade förstörts och hyresgästen gentemot någon annan hade åtagit sig att svara för ett lagringsuppdrag för egen räkning enligt NSAB.⁷⁸

När skada på egendom uppstår i ett hyresförhållande är det, enligt 12 kap. 16 § första stycket 1 JB tillsammans med 11 kap. 4 § JB, fråga om ett culpaansvar med omvänd bevisbörda, ett så kallat presumtionsansvar för hyresvärden. Mot bakgrund av detta och med stöd av allmänna rättsgrundsatser om kontraktsmedhjälparens ansvar för preciserade förpliktelser gjorde Green Cargo gällande att hyresvärden Jernhusen skulle betala ersättning för de skadade pappersrullarna. Jernhusen gjorde en del invändningar mot de krav som Green Cargo hade framställt. Invändningarna hänförde sig till det NSAB-reglerade förhållandet mellan Green Cargo och uppdragsgivaren SCA och riktade bland annat in sig mot frågan om Green Cargo hade drabbats av skada.⁷⁹

Lagringsuppdraget reglerades i NSAB 2000 § 27. Högsta domstolen inledde med att utreda Green Cargos lagringsansvar och att därvid tolka avtalet och särskilt det aktuella villkoret. Domstolen menade att NSAB skulle tolkas med ledning av allmänna principer för tolkning av standardavtal och att utgångspunkten för en tolkning av ett omtvistat villkor är dess ordalydelse. När denna inte ger klara besked, ska avtalets systematik ge ledning.⁸⁰

De parter som förhandlat fram NSAB hade låtit utarbeta en gemensam kommentar till avtalet, vilken parterna i målet enats om uttryckte deras samstämmiga uppfattning. Domstolen påpekade att kommentaren kunde få

⁷⁷ Se NJA 2018 s. 301.

⁷⁸ Ibid., p. 1.

⁷⁹ Ibid., p. 5, 7 och 27.

⁸⁰ Ibid., p. 10.

betydelse vid tolkning av oklarheter i avtalet innan det fanns anledning att gå vidare till en tolkning i ljuset av dispositiv rätt.⁸¹

Enligt § 27 C.3 NSAB 2000, som reglerade den i målet aktuella typen av lagringsuppdrag, omfattar speditörens ansvar också kontraktsmedhjälpare. Enligt avtalsbestämmelsen ska speditören teckna en försäkring för uppdragsgivarens räkning. Om en sådan försäkring har tecknats och skada inträffar som omfattas av försäkringen kan uppdragsgivaren inte rikta krav mot speditören, utan uppdragsgivarens krav stannar på försäkringen. För skada som inte täcks av försäkringen eller om försäkring ej tecknas ansvarar speditören för fel eller försummelse med viss ansvarsbegränsning.⁸² För det fall uppdragsgivaren har en egen försäkring, drog domstolen slutsatsen att en sådan inte avskär honom eller henne från att göra ansvaret gällande mot speditören och hänvisade därvid till norsk doktrin.⁸³

Att uppdragsgivaren hade tecknat egen försäkring innebar därför inte att Green Cargo var fritt från ansvar för de skador som uppkommit vid lagringen. Eftersom Green Cargo inte hade tecknat en sådan försäkring som avtalet föreskrev var de inte skyddade mot regresskrav och hyresvärden fick ersätta Green Cargo för skadan.⁸⁴

Avtalet stadgade inte vad som gällde i det fall uppdragsgivaren hade en egen försäkring, utan föreskrev bara vad som gällde i de fall speditören iakttog eller försummade sin försäkringsplikt. Slutsatsen att uppdragsgivarens försäkring inte hindrar honom eller henne från att rikta krav mot speditören anser jag helt enkelt följer av avtalets innehåll. Uppdragsgivarens försäkring spelar ingen roll för tillämpningen av den aktuella avtalsbestämmelsen och effekten av en sådan försäkring är därför irrelevant att utreda. Hänvisningen till det nordiska materialet framstår därmed som en *obiter dictum*-hänvisning, eftersom det behandlar något ”vid sidan om saken”.

⁸¹ Se NJA 2018 s. 301, p. 11.

⁸² Ibid., p. 12–14.

⁸³ Ibid., p. 17.

⁸⁴ Ibid., p. 32 och 37.

3.6 ”Traktoråterförsäljaren” – NJA 2018 s. 19

I NJA 2018 s. 19, ”Traktoråterförsäljaren”, sade en leverantör av traktorer upp ett 22 år långt avtalsförhållande med en återförsäljare. Parterna hade inte avtalat om någon uppsägningstid eller om någon ersättning vid uppsägning av avtalet. Frågorna i målet var dels vilken uppsägningstid som kunde anses vara skälig, dels om återförsäljaren var berättigad till ersättning för goodwill i form av ett avgångsvederlag.⁸⁵

Högsta domstolen konstaterade inledningsvis att svensk rätt saknar lagstiftning om återförsäljaravtal, men att domstolen i NJA 2009 s. 672 prövade frågan om skälig uppsägningstid av ett återförsäljaravtal slutet på obestämd tid och utan villkor om uppsägning. I 2009-års fall anförde domstolen att den utfyllande rätten får konstrueras med stöd av lagbestämmelser rörande jämförbara avtalsförhållanden och praxis samt att hänsyn bör tas till att återförsäljaravtal ofta är internationella. Regeln som konstruerades i det fallet innebar att part som säger upp ett återförsäljaravtal ska iaktta skälig uppsägningstid. Avtal som innehåller annan än skälig uppsägningstid kan jämkas enligt 36 § avtalslagen, men domstolen ansåg att någon bestämd minimitid, knuten till avtalstidens längd, inte bör anses gälla utan skälighetsbedömningen bör vara friare.⁸⁶

Domstolen uttalade att 2009-års rättsfall skiljer sig från NJA 2018 s. 19 genom att 2018-fallet behandlar typfallen, som karakteriseras av att återförsäljaren är den svagare parten och därför kan ha ett mer uttalat skyddsbehov. Domstolen konstaterade också att frågan om hur lång en skälig uppsägningstid bör vara har stor praktisk betydelse.⁸⁷ Efter att på så vis ha konstaterat avsaknaden av lagstiftning om återförsäljaravtal, klargjort skillnaden mellan NJA 2009 s. 672 och förevarande fall samt uttryckt behovet av en mer konkret riktlinje för typfallen, gick domstolen vidare till att

⁸⁵ Se NJA 2018 s. 19, p. 1–3.

⁸⁶ Ibid., p. 8 och 10–11.

⁸⁷ Ibid., p. 12.

konstruera en regel enligt de riktlinjer som domstolen slagit fast i 2009-års fall.⁸⁸

Domstolen undersökte då vad som gäller för långvariga avtalsförhållanden på närliggande lagreglerade områden samt enligt standardavtalet om ensamåterförsäljning (EÅ 04). Enligt kommissionslagen, handelsagenturlagen och EÅ 04 hade en uppsägningstid på 6 månader gällt. ”Det kan noteras att i Danmark gäller enligt fast praxis att utgångspunkten vid långvariga ensamåterförsäljaravtal är att återförsäljaren har rätt till en uppsägningstid om sex månader (se bl.a. U 2004.148 H, jfr Bent Iversen, Handelsagenten og eneforhandleren, 5 uppl. 2013, s. 263 ff).”⁸⁹ Domstolen konstaterade att det anförda innebar att det fanns goda skäl för att utgångspunkten vid långvariga återförsäljaravtal utan villkor om uppsägningstid borde vara att återförsäljaren har rätt till en uppsägningstid om sex månader och skapade därmed en sådan regel.⁹⁰

Efter att ha besvarat frågan om vilken uppsägningstid som kunde anses vara skälig gick domstolen vidare till frågan om återförsäljare är berättigade till ersättning för goodwill i form av ett avgångsvederlag. Precis som med den första frågan började domstolen med att undersöka vad som gällde enligt lagstiftning som reglerar liknande avtalsförhållanden, nämligen lagen om handelsagentur och kommissionslagen, och enligt olika standardavtal. Enligt ovan nämnda lagar existerar en rätt till avgångsvederlag under vissa förutsättningar, men de olika standardavtalen gav inte uttryck för ett enhetligt förhållningssätt till avgångsvederlag. Domstolen gjorde därvid en europeisk jämförelse och uppehöll sig särskilt vid vad som gällde i Danmark och Norge. Enligt hänvisade danska och norska rättsfall har domstolarna i de båda länderna intagit en restriktiv hållning i fråga om rätt till avgångsvederlag utifrån en analog tillämpning av de respektive lagarna om handelsagentur. Domstolen uttalade att detta talade emot en generell möjlighet för

⁸⁸ Jfr. NJA 2018 s. 19, p. 10.

⁸⁹ Cit. NJA 2018 s. 19, p. 13.

⁹⁰ Ibid., p. 14.

återförsäljare att erhålla avgångsvederlag i analogi med handelsagenturlagen eller liknande lagstiftning, om inte skyddsbehovet för återförsäljaren framstår som särskilt starkt.⁹¹ Vad som framgick av nordisk rätt sågs alltså som ett argument för hur regeln skulle formuleras i svensk rätt.

Denna användning av nordisk rätt påminner om användningen i det ovan refererade fallet ”De ingjutna rören” och förefaller okontroversiell. Användningen innebär inte att materialet tillämpas direkt eller annars räknas som en rättskälla. Domstolen har nämligen konstaterat att parternas avtal inte reglerar de aktuella frågorna och att det inte finns någon dispositiv rätt att fylla ut avtalet med. En bunden utfyllning är därmed inte möjlig utan endast en fri utfyllning står till buds. För att kunna besvara frågorna använder domstolen därför sin diskretionära beslutskompetens, eller normgivningskompetens, och skapar reglerna. Vid skapandet av dessa regel hämtar domstolen inspiration i olika material, däribland nordiskt.

3.7 ”Överlåtelse av kränkingsersättning” – NJA 2017 s. 343

I NJA 2017 s. 343 hade en person väckt talan mot en förening och yrkat skadestånd för kränkning. Under handläggningen i tingsrätten, alltså innan fordran fastställts, överlät personen fordran på kränkingsersättningen. Frågan i målet var om en fordran på kränkingsersättning kan överlåtas innan den har fastställts.⁹²

Domstolen angav att det är en civilrättslig huvudprincip att penningfordringar, oavsett om de är fastställda eller inte, fritt kan överlåtas. Av rättspraxis framgår dock att undantag görs om särskilda omständigheter föreligger och att en sådan omständighet kan vara att fordringen är socialt skyddsvärd.⁹³

⁹¹ Se NJA 2018 s. 19, p. 15 och 17–19.

⁹² Se NJA 2017 s. 343, p. 8.

⁹³ Ibid., p. 9.

Domstolen beskrev att skadeståndslagen reglerar rätten till kränkingsersättning och att syftet med ersättningen bland annat är att kompensera känslor som den kränkande handlingen har framkallat hos den skadelidande, såsom chock, rädsla, förnedring, skam eller liknande reaktioner och att ersättningen kan bidra till att den skadelidande får upprättelse för den förnedrande och kränkande behandlingen. Skadeståndslagen saknar dock bestämmelser som begränsar rätten att överlåta krav på ersättning. Sådana begränsningar finns dock för vissa typer av ersättningar i speciallagstiftningar. Dessa bestämmelser motiveras genomgående av att fordringarna vars överlåtelse begränsas har en stark personlig prägel. På samma sätt motiveras överlåtelseförbuden av icke-fastställda kränkingsersättningar i dansk och norsk rätt, skrev domstolen och hänvisade till nordisk litteratur. Domstolen uttryckte att den danska och norska skadeståndsrätten bygger på väsentligen samma synsätt som den svenska, men i dessa rättsordningar är begränsningen av rätten att överlåta krav på ersättning lagstadgad för kränkingsersättningar. Hänvisningar gjordes också till de aktuella danska och norska bestämmelserna.⁹⁴

Detta ledde, enligt domstolen, till slutsatsen att kränkingsersättningens starkt personliga karaktär medförde att en fordran på kränkingsersättning inte borde kunna överlåtas innan den har fastställts.⁹⁵ Fastsländet av denna norm innebar att Högsta domstolen, genom sin normgivningskompetens, tydliggjorde undantaget i praxis. Domstolen hämtade argument för normgivningen i olika material och det var därmed inte fråga om att den nordiska rätten tillämpades direkt. Att domstolen betraktade argumenten i nordisk rätt som relevanta, verkar ha motiverats av rättslikheten i Sverige, Norge och Danmark på det skadeståndsrättsliga området. Domstolen fann att det var lämpligt att använda materialet, det utgjorde i detta fall sakskalet.

⁹⁴ Se NJA 2017 s. 343, p. 10–12.

⁹⁵ Ibid., p. 14.

3.8 ”Den övertagna överlåtelsebesiktningen” – NJA 2017 s. 113

I NJA 2017 s. 113 förekom en friskrivningsklausul i ett slags besiktningsavtal, som begränsade besiktningsmannens skadeståndsskyldighet. Besiktningsmannen missade en rad allvarliga fel, och kärandena stämde bolaget där besiktningsmannen var anställd, och menade att ansvarsbegränsningen i avtalet inte skulle tillämpas. Begränsningen uppgick till 636 000 kr medan skadorna uppgick till ca 1,9 miljoner.⁹⁶ Enligt en (enligt vissa existerande, men okodifierad) allmän rättsprincip är ansvarsbegränsningar inte gällande vid grov vårdslöshet, vilket kärandena påstod att besiktningsmannen hade varit. Frågan i målet var om domstolen skulle tillämpa denna allmänna regel eller den tvingande lagregeln i avtalslagens 36 §.⁹⁷

Domstolen konstaterade att det rådde osäkerhet kring existensen av den okodifierade allmänna principen och hänvisade därvid till litteratur.⁹⁸ Osäkerheten hade delvis att göra med betydelsen av 36 § avtalslagen. Uppfattningen att frågan om åsidosättande av ansvarsbegränsningar vid klandervärt agerande, inbegripet grov vårdslöshet, bör hanteras enligt 36 § hade successivt vunnit framgång sedan paragrafen tillkom, menade domstolen, och hänvisade ännu en gång till en mängd svensk litteratur (”se t.ex. Torsten Lundmark, Friskrivningsklausuler. Giltighet och räckvidd, 1996, s. 133 ff.” och så vidare) och avslutningsvis till en norsk bok (”jfr Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, 2 uppl. 2011, s. 659 ff”).⁹⁹ Domstolen angav på så sätt skäl för att den rättsliga kontrollen av ansvarsbegränsningar bör göras

⁹⁶ Jfr. NJA 2017 s. 113, p. 7, 9 och 11.

⁹⁷ Ibid., p. 20–26.

⁹⁸ Ibid., p. 19–22.

⁹⁹ Ibid., p. 24.

med stöd av 36 § avtalslagen och konstaterade sedan att frågan, mot den angivna bakgrunden, i princip bör bedömas enligt 36 § avtalslagen.¹⁰⁰

Domstolen har i rättsfallet stått inför en normkonflikt. Två regler var som utgångspunkt tillämpliga, dessutom med samma rättsverkan, och domstolen undrade vilken som skulle väljas. För att lösa situationen skapade Högsta domstolen en metanorm (en regel om regler), som förklarar hur de två reglerna förhåller sig till varandra och hur kollisionen ska lösas. Vid skapandet av denna metanorm hittade domstolen inspiration och argument i olika material, däribland nordisk rättslig doktrin. Det nordiska materialet tillämpades alltså inte direkt på fallet.

3.9 Konventionstolkningmålen

3.9.1 "Potatisetanolen" – NJA 2016 s. 563

I NJA 2016 s. 563 hade en speciell etanol som skulle användas för tillverkning av en exklusiv vodka med särskild potatissmak kontaminerats under en transport på grund av fettrester i transportens tankar. Etanolen kunde inte användas för det avsedda ändamålet och käranden yrkade ersättning av transportören. Tankarna hade rengjorts på det sätt som var brukligt för etanoltransporter.¹⁰¹ Frågan var om transportören var ansvarig för skadan.

Konventionen den 19 maj 1956 om fraktavtal vid internationell godsbefordran på väg (CMR-konventionen), som är gällande som svensk lag, var tillämplig i målet. Enligt konventionens artikel 17.1 var transportören ansvarig för skadan på godset, men frågan var om ansvarsfrihetsgrunderna i artiklarna 17.2–4 var tillämpliga.¹⁰² Ansvarsfrihet var dock uteslutet enligt 17.3 om det som orsakat skadan, i detta fall fettrester i tankarna, utgjorde en bristfällighet hos det aktuella fordonet.¹⁰³ Frågan blev då om ett fordons

¹⁰⁰ Även om förutsättningarna för en tillämpning av paragrafen inte fanns, eftersom rekvisiten inte ansågs vara uppfyllda, jfr. NJA 2017 s. 113, p. 52 och Dryselius, Lundaskolan och rättskällorna, s. 24 ff.

¹⁰¹ Se NJA 2016 s. 563, p. 3 och 8–9.

¹⁰² Ibid., p. 13–14 och 21.

¹⁰³ Ibid., p. 18 och 22.

bristande lämplighet för avsedd transport omfattades av artikeln.¹⁰⁴ För att besvara denna fråga behövde konventionen tolkas.

Angående tolkning av konventionen uttalade domstolen bland annat att eftersom tillämpningen och tolkningen av CMR enbart sker vid nationella domstolar, är nationell rättspraxis från konventionsstaterna av stor betydelse vid tillämpning och tolkning av den.¹⁰⁵ Domstolen uttryckte också att juridisk litteratur från olika länder kan användas vid tolkning av en konvention. Om en allmän mening framträder bör den typiskt sett följas, men även när uppfattningarna är skilda kan en diskussion i litteraturen ange riktning för tolkningen och argument för och emot olika tolkningsalternativ.¹⁰⁶

Det framstår här som att domstolen säger att den juridiska litteraturen har relevans i kraft av sitt innehåll. Det är *argumenten* som är intressanta och som kan tala för eller emot olika lösningar. Litteraturen tillämpas inte direkt, och används heller inte på grund av sin härkomst, utan används om handlingsskäl på grund av att sakskalet föreligger. Vad Högsta domstolens principiella uttalande om användning av olika länders nationella rättspraxis innebär ur ett rättsskälperspektiv är inte lika tydligt. Att domstolen tillmäter nationella domstolars tillämpning av konventionen ”stor betydelse” låter som att materialet används som mer än bara en inspirationskälla, det låter som att det är en rättskälla.

När domstolen skulle tolka artikel 17.3 CMR för att se om ett fordons bristande lämplighet för avsedd transport omfattades av artikeln, konstaterades att ordalydelsen talade för att alla slags bristfälligheter omfattades. Förarbetena till konventionen gav inte någon ledning i frågan och talade därmed inte emot en sådan vid tillämpning. I rättspraxis var det svårt att finna någon entydig linje rörande tillämpningen av artikeln.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Se NJA 2016 s. 563, p. 22.

¹⁰⁵ Ibid., p. 28.

¹⁰⁶ Ibid., p. 29.

¹⁰⁷ Ibid., p. 34-35.

Inom den svenska juridiska litteraturen fanns inte heller någon enhetlig uppfattning om tillämpningsområdet för artikeln, men domstolen uttalade att den övervägande meningen verkade vara att den skulle ges en vid tillämpning och hänvisade därvid till en mängd utländsk juridisk litteratur, däribland nordisk sådan.¹⁰⁸ Konventionens syfte talade även för att den skulle ges en vid tillämpning när ordalydelsen gav utrymme för det. Domstolen kom sammantaget fram till att övervägande skäl talade för att artikel 17.3 skulle uppfattas så att den också omfattade situationen att fordonet var olämpligt för transport av det gods som parterna har avtalat om.¹⁰⁹

Som nämnt används den nordiska doktrinen här som ett material ur vilket argument hämtas för eller emot olika lösningar.¹¹⁰ För att återgå till vad som gäller kring nationella domstolars praxis ur ett rättskälleperspektiv, kan noteras att *eftersom* praxis inte är enhetlig och konsistent, har den ingen vägledande funktion. Å ena sidan skulle man kunna argumentera för att kravet på enhetlighet pekar mot att nordiska rättsfall *i sig* inte är auktoritativa. Endast när praxis är enhetlig är argumenten i rättsfallen tillräckligt starka och därmed lämpliga att använda. Å andra sidan kan förutsättningen betraktas som naturlig – om rättsfallen pekar åt olika håll visar de ju inte vägen. I en sådan situation skulle man kunna tänka sig att argumenten i de (spretiga) rättsfallen beaktas så som sakskäl, men när nationell rättspraxis från konventionsstaterna väl är enhetlig är den, i linje med Högsta domstolen uttalande, av stor betydelse för Högsta domstolens tillämpning av konventionen och närmast auktoritativ.

¹⁰⁸ Se NJA 2016 s. 563, p. 36.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 37–38. Vid en tillämpning av bestämmelsen kom domstolen sedan fram till att fordonet visserligen inte var olämpligt, varför ansvarsfrihet inte var uteslutet. Vidare fann domstolen att transportören var fri från ansvar (se p. 42 och 50 i målet).

¹¹⁰ Domstolen hänvisade för övrigt till nordisk rättslig doktrin vid ytterligare ett tillfälle då den beskrev uppfattningen i rättspraxis (se p. 46). Den nordiska litteraturen hjälpte i det fallet domstolen att identifiera uppfattningen i praxis, men egentligen hade domstolen kunnat referera direkt till rättsfallen. Doktrinen fungerade i den situationen som ett slags sekundärkälla och tillämpades inte direkt.

3.9.2 ”Flyget från Bangkok” – NJA 2016 s. 900

Frågan om utländsk rätts roll vid konventionstolkning återkommer i NJA 2016 s. 900. I målet hade två personer som blivit 7 timmar försenade med flyget hem från Thailand krävt ersättning av flygbolaget för ideell skada bestående av förlorad fritid på grund av förseningen.¹¹¹

Konventionen den 28 maj 1999 om vissa enhetliga regler för internationella lufttransporter (Montrealkonventionen) var tillämplig. Enligt konventionen, som gäller som svensk lag, ansvarar transportören för skada på grund av försening. Vad som avses med försening definieras dock inte i konventionen. Konventionen säger heller inte vad för slags skada som vid försening är ersättningsgill.¹¹² Här behövde konventionen därför tolkas. Domstolen hade tidigare i domskälen sagt följande gällande tolkning:

”För att fastställa den rätta meningen av Montrealkonventionen ska, som vid all konventionstolkning, beaktas såväl den gängse meningen av konventionens uttryck sedda i sitt sammanhang och mot bakgrunden av konventionsregleringens ändamål och syfte, som de generella principer som får anses komma till uttryck i konventionen. Förarbetena liksom omständigheterna vid konventionens ingående kan också ge ledning för att fastställa innebörden. *Eftersom tillämpningen och tolkningen av internationella konventioner i stor utsträckning sker vid nationella domstolar, så är även nationell rättspraxis från konventionsstaterna av stor betydelse i den mån det går att utläsa någon enhetlighet i denna*” (min kursivering).¹¹³

Detta allmänna uttalande om konventionstolkning bygger bland annat på vad som sagts om konventionstolkning i NJA 2016 s. 563, ”Potatisetanolen”.

I fråga om definitionen av försening var nationella domstolars praxis enhetlig och domstolen utgick därmed från den definitionen.¹¹⁴ De olika nationella

¹¹¹ Se NJA 2016 s. 900, p. 1–4.

¹¹² Ibid., p. 7, 17, 21 och 27.

¹¹³ Cit. NJA 2016 s. 900, p 9.

¹¹⁴ Se NJA 2016 s. 900, p. 22, där domstolen konstaterade att praxis var enhetlig men hänvisade till utländsk doktrin istället för direkt till rättsfallen, jfr. not 126. Det hänvisades därvid också till uppfattningen i bl.a. nordisk juridisk litteratur, som stämde överens med uppfattningen som praxis gav uttryck för (och som därmed egentligen torde vara en *obiter dictum*-hänvisning förutsatt att enhetlig praxis är auktoritativt).

domstolarnas praxis var dock inte enhetlig i fråga om vad som var en ersättningsgill skada, varför detta bestämdes enligt svensk rätt.¹¹⁵

Det är, även i detta fall, svårt att se Högsta domstolens uttalande om andra nationella domstolars tillämpning av konventionen på annat sätt än som att materialet är en rättskälla. Samtidigt används den utländska praxisen i det här fallet och i ”Potatisetanolen” till att precisera en oklarhet. Ur det perspektivet framstår det som att materialet tjänar som inspiration i preciserandet, som ju är en akt av normgivning och sker i det rättspolitiska rummet. Men, som nämnts tidigare, att domstolen skriver att utländsk rättspraxis är av stor betydelse låter emellertid som att materialet är mer än bara inspiration.

Domstolen hänvisade för övrigt till nordisk rätt också när den skulle bestämma vad som utgjorde en ersättningsgill skada enligt svensk rätt.¹¹⁶ I svensk rätt är det inte uteslutet att ideella skador ersätts i kontraktsförhållanden och därför är uppdelningen i ekonomiska och ideella skador inte ändamålsenlig när det ska avgöras vilka skador som är ersättningsgilla. Många skador (till exempel förlorad semester) ligger ofta på gränsen för vad som kan anses utgöra en ekonomisk skada. En kategorisk indelning i ekonomiska och ideella skador kan leda till oförutsebarhet, skrev domstolen och hänvisade till förarbeten och svenska rättsfall.¹¹⁷

Det är istället mer ändamålsenligt att bestämma vad som är en ersättningsgill ideell skada genom att undersöka hur skadan förhåller sig till vad som kan kallas den skadelidande kontrahentens avtalsintresse, menade domstolen. Vad som är kontrahentens avtalsintresse bestäms utifrån den prestation som avtalet ger kontrahenten rätt till och syftet med den prestationen. Om syftet är överenskommet eller underförstått och förfelas till följd av fel i prestationen eller till följd av att prestationen uteblir, talar det för att skadan är ersättningsgill även om den är svår att mäta i pengar.¹¹⁸

¹¹⁵ Se NJA 2016 s. 900, p. 28. Också där hänvisas till bl.a. nordisk juridisk litteratur istället för direkt till rättsfallen.

¹¹⁶ Jfr. NJA 2016 s. 900, p. 30.

¹¹⁷ Ibid., p. 31–32.

¹¹⁸ Ibid., p. 33.

I vissa fall är syftet med prestationen klart för båda parter. Så är fallet med t.ex. paketresor till semesterorter. Att ersättning bör utgå när ett klart syfte förfelas ligger i linje med EU-domstolens tolkning av begreppet skada i rådets direktiv 90/314/EEG av den 13 juni 1990 om paketresor, semesterpaket och andra paketarrangemang. Det ligger också i linje med ett finländskt rättsfall, som domstolen hänvisar till ("jfr. HD 1982 II 64"), där ersättning utgick för förlorad semester efter ett avtalsbrott rörande en paketresa.¹¹⁹

Den i målet aktuella resan var emellertid inte en paketresa utan en reguljär persontransport. Sådana resor kan ha vitt skilda, individuella syften som för transportören kan vara helt okända. Ideella skador som beror på individuella och okända syften bör inte vara ersättningsgilla, konkluderade domstolen. Eftersom det mellan parterna i fallet inte heller fanns något särskilt överenskommet eller underförstått syfte med den avtalade prestationen var klaganden inte berättigad till ersättning för den ideella skadan.¹²⁰

Denna användning av nordisk rätt låter sig lättare beskrivas och känns igen från andra fall som kommenterats i uppsatsen. Det finska rättsfallet tillämpades inte direkt, utan användes som en källa till argument och inspiration då domstolen klargjorde förutsättningarna för att en kontraktuell ideell skada ska vara ersättningsgill. Även i detta fall ställdes domstolen inför en svag rättspolitisk fråga, som saknade svar i gällande rätt, varför domstolen genom sin normgivningskompetens behövde skapa en rättsnorm som besvarade frågan. I denna verksamhet använde domstolen utländsk rätt som inspiration.

3.10 "Preskription enligt sjölagen" – NJA 2016 s. 149

NJA 2016 s. 149 handlade om tolkning av preskriptionsregleringen i sjölagen. En transportör hade åtagit sig att transportera en Cadillac från Miami till

¹¹⁹ Se NJA 2016 s. 900, p. 34.

¹²⁰ Ibid., p. 35–36.

Göteborg. Bilen hade avlämnats till transportörens agent vid hamnterminalen i Miami, men transporterades aldrig till Göteborg och såldes senare på exekutiv auktion i USA. När klaganden väckte talan mot transportören med yrkande att denne skulle utge ersättning för den förlorade bilen, uppstod fråga om fordran var preskriberad.

Enligt 19 kap. 1 § första stycket 5 sjölagen upphör en fordran på ersättning på grund av att gods har skadats, gått förlorat eller försenats vid befordran, om talan inte väcks i laga ordning inom ett år från det godset lämnades ut eller skulle ha lämnats ut. Domstolen behövde tolka uttrycket ”vid befordran”. Eftersom den svenska sjölagen till stor del är konventionsgrundad, och har utvecklats genom ett nordiskt samarbete, undersökte Högsta domstolen vad de konventioner som ligger till grund för sjölagens preskriptionsregler stadgade samt vad som gällde enligt övriga nordiska sjölagar.¹²¹ Domstolen såg också till vad som gällde enligt flera transporträttsliga konventioner och valde därefter en tolkning av bestämmelsen i sjölagen som låg i linje med vad som följde av konventionerna och vad som gällde i både Norge och Danmark.

Här framstår det, precis som i flera tidigare kommenterade fall, som att domstolen använder det utländska materialet för att tydliggöra en oprecis lagtext. Domstolen tillämpar alltså inte den norska sjölagen direkt, men inspireras av vad som följer av den när den ska bestämma eller skapa det preciserade innehållet i den svenska sjölagen. Att domstolen använder just de nordiska sjölagarna motiveras av lagstiftningssamarbetet vid de nordiska sjölagarnas tillkomst. Det framstår därför som att sakskäl ligger bakom användningen.

Tolkningen som domstolen landade i innebar att preskriptionsregelns tillämpningsområde skulle ha samma omfattning som transportörens ansvarsperiod.¹²² När domstolen utredde omfattningen av transportörens ansvarsperiod lutade den sig bl.a. mot ett norskt juridiskt verk som uttalade

¹²¹Se NJA 2016 s. 149, p. 6 och 19–20.

¹²² Ibid., p. 22.

vad nordiska sjörättskommittéerna, vilka arbetade fram de nya nordiska sjölagarna, ansåg om sjölagens relation till konventionerna som den grundades på.¹²³ Domstolen är *egentligen* ute efter nordiska sjörättskommittéernas material, varför detta är ytterligare ett exempel på när nordiskt material, i detta fall litteratur, används som en kunskapskälla eller som jag tidigare beskrev det, en sekundärkälla.¹²⁴

3.11 ”Andrahandsuthyrningen” – NJA 2014 s. 465

I NJA 2014 s. 465 var frågan om en hyresgäst ansvarar för skada som andrahandshyresgästen orsakar. I 12 kap. 24 § första stycket jordabalken (JB) stadgas förstahandshyresgästens vårdplikt. Enligt bestämmelsen ska hyresgästen ersätta all skada som uppkommer genom hans vållande eller genom vårdslöshet eller försummelse av någon som hör till hans hushåll eller gästar honom eller av annan som han inrymt i lägenheten eller som där utför arbete för hans räkning. Om hyresgästen utan samtycke eller tillstånd upplåter lägenheten till en andrahandshyresgäst, ansvarar förstahandshyresgästen för skada som andrahandshyresgästen skulle ha ersatt enligt första stycket om denne hade varit förstahandshyresvärd.¹²⁵

Frågan i Högsta domstolen var om en hyresgäst vid andrahandsupplåtelse är skadeståndsansvarig enligt bestämmelsen i 12 kap. 24 § fjärde stycket JB även när upplåtelse har skett med hyresvärdens samtycke.¹²⁶

Domstolen uttalade inledningsvis att bestämmelserna i 12 kap. JB till stor del har sitt ursprung i lagen (1907:36) om nyttjanderätt till fast egendom. Enligt den lagen var det till en början förbjudet med andrahandsuthyrning utan hyresvärdens samtycke. Förelåg samtycke var hyresgästen inte ansvarig.¹²⁷

¹²³ Se NJA 2016 s. 149, p. 14.

¹²⁴ Jfr. not 126.

¹²⁵ Se NJA 2014 s. 465, p. 3-4.

¹²⁶ Ibid., p. 5.

¹²⁷ Ibid., p. 6.

Vid hyresreformen 1969 infördes 3 kap. 24 § fjärde paragrafen i nyttjanderättslagen. Denna bestämmelse innehöll reglering av hyresgästens ansvar, som nu återfinns i 12 kap. 24 § fjärde stycket JB. Införandet av det fjärde stycket skedde enligt lagmotiven i anslutning till att det i 40 § hyreslagen infördes en möjlighet att få tillstånd från hyresnämnden att hyra ut om inte hyresvärden gav sitt samtycke. Enligt förarbetena till 40 § förändras inte rättsförhållandet mellan hyresvärden och hyresgästen genom en andrahandsuthyrning, utan hyresgästen står kvar som ansvarig för avtalets ekonomiska förpliktelser om inte hyresvärden sagt något annat.¹²⁸ Enligt Högsta domstolen pekade detta starkt på att avsikten med regleringen i 12 kap. 24 § fjärde stycket jordabalken var att hyresgästen ska ha det fulla ansvaret även om uthyrningen sker med hyresvärdens samtycke eller hyresnämndens tillstånd.¹²⁹

Efter detta tolkningsargument, som kanske kan sägas följa av en historisk alternativt subjektiv tolkning, redogjorde domstolen för den dominerande uppfattningen i den juridiska litteraturen, som enligt domstolen var att samtycke till andrahandsupplåtelse inte befriar hyresgästen från ansvaret i 12 kap. 24 § JB.¹³⁰

Därefter uttalade domstolen att regleringen borde ses mot bakgrund av vad som i allmänhet gäller för nyttjanderätter. Den noterade att huvudregeln redan innan nyttjanderättslagen var att nyttjanderättshavare ansvarade för andra personer som med uthyrarens samtycke tog befattning med saken. Den nämnde också att motsvarande gäller i tysk rätt och att det vid tiden för 1969 års hyresrättsreform ansågs vara helt klart i norsk rätt, enligt den norska litteraturen domstolen hänvisar till, att nyttjanderättshavare svarade för andrahandsnyttjanderättshavare. Slutligen hänvisade domstolen, som med dessa fyra komparerande utblickar ämnade att visa på ett allmänt mönster, också till DCFR.¹³¹

¹²⁸ Se NJA 2014 s. 465, p. 8–10.

¹²⁹ Ibid., p. 11.

¹³⁰ Ibid., p. 13.

¹³¹ Ibid., p. 14.

Högsta domstolens slutsats blev att ett samtycke inte innefattar att hyresgästen befrias från sina förpliktelser enligt hyresavtalet och att hyresgästen därför ansvarade för andrahandshyresgästen enligt vad som föreskrivs i 12 kap. 24 § första stycket JB.¹³²

Hade domstolen kunnat landa i denna kreativa, alltså skapande, tolkningen av lagen utan hänvisningen till nordisk rätt? Kanske hade domstolen kunnat dra sin slutsats redan efter de historiska/teleologiska argumenten. Då skulle ”det allmänna” mönstret endast fungera som ett stödargument och hänvisningen till nordisk rätt vara *obiter dictum*. Det är svårt att säga.¹³³ Om argumentet, och därmed hänvisningen till norsk doktrin och i förlängningen den norska rätten på 1960-talet, gjorde skillnad, hade det emellertid inte nödvändigtvis betytt att det utländska materialet tillämpades direkt. Istället anser jag att det hade varit ännu ett exempel på hur utomrättsligt material används som inspiration i domstolens förtydligande eller normgivande verksamhet.

3.12 ”Avräkningsordningen” – NJA 2013 s. 1190

I NJA 2013 s. 1190 hade en hyresrätt till en bostadslägenhet blivit förverkad i enlighet med 12 kap. 24 § JB, eftersom hyresgästen hade dröjt mer än en vecka efter förfallodagen med att betala hyra. Hyresgästen hade förpliktats att flytta från lägenheten och att betala de förfallna hyrorna för januari och februari, som avhysningyrkandet grundade sig på.¹³⁴

Enligt 12 kap. 44 § JB gäller att om hyran som hyresvärden har lagt till grund för en ansökan om avhysning betalas tillbaka inom den s.k. återvinningsfristen, får hyresgästen inte skiljas från lägenheten.¹³⁵

¹³² Se NJA 2014 s. 465, p. 15–16.

¹³³ Joel Samuelsson menar till exempel att argumentet inte bara är ett stödargument utan faktiskt gör skillnad, se Samuelsson, J. (2016). ’DCFR som svensk rättskälla?’ i Europarätten – 20 år i Sverige, s. 223.

¹³⁴ Se NJA 2013 s. 1190, p. 1–2.

¹³⁵ Se NJA 2013 s. 1190, p. 1.

Före återvinningsfristen utgång betalade hyresgästen dels januarihyran, dels ytterligare en månadshyra. Eftersom hyresgästen inte hade angett om betalningen skulle avräknas mot februarihyran eller mot marshyran, som också hade hunnit förfalla till betalning, uppstod fråga om hur betalningen skulle avräknas. Om betalningen räknades av mot februarihyran skulle det saknas grund för avhysning. Om däremot betalningen räknades av mot marshyran skulle hyresgästen avhysas från sin lägenhet.¹³⁶

Domstolen påpekade inledningsvis att en gäldenär enligt reglerna om avräkningsordning får destinera en betalning till en viss skuld, så väl uttryckligen som konkludent, men att så inte hade skett i fallet.¹³⁷ Frågan blev då hur avräkningen skulle ske när gäldenären inte hade utnyttjat sin valrätt. För att lösa frågan utformade Högsta domstolen en utfyllande regel innebärandes att om gäldenären har flera skulder och en viss skuld tydligt skiljer ut sig från de övriga genom att en underlåten betalning är förenad med särskilt betungande rättsföljder för gäldenären, ska en odestinerad betalning räknas av mot den skulden (under förutsättning att de förhållanden som föranleder den betungande rättsföljden har varit uppfattbara för borgenären). Slutsatsen i målet blev därmed att hyresgästens betalning skulle avräknas mot februarihyran, vilket innebar att grund för avhysning saknades.¹³⁸

När domstolen skulle utforma den utfyllande regeln, började den med att konstatera att vad som gällde vid odestinerade betalningar inte reglerades i handelsbalkens bestämmelser om avräkningsordning och även i övrigt var oklart. Man skulle kunna säga att domstolen började med att klargöra att det som skulle lösas var en rättspolitisk fråga. Domstolen påpekade att skilda lösningar har valts internationellt, men att en gemensam nämnare är att gäldenärens avräkningsintresse, i olika stor utsträckning, beaktas.¹³⁹ Samtidigt poängterade domstolen att avräkningsordningen vid odestinerade betalningar bör främja omsättningsintresset, vilket förutsätter att avräkning

¹³⁶ Se NJA 2013 s. 1190, p. 3–5.

¹³⁷ Ibid., p. 6–8 och 15.

¹³⁸ Ibid., p. 14–16.

¹³⁹ Ibid., p. 9–10.

sker efter principer som skapar förutsebarhet och inte verkar konflikt drivande.¹⁴⁰

Vidare påtalade domstolen att avräkningsordningen har varit föremål för diskussion och hänvisade till svensk juridisk litteratur, innan den anmärkte att det i den nordiska rättslitteraturen har föreslagits att gäldenären enligt en utfyllande regel måste anses ha utövat sin valrätt och valt den för honom mest betungande skulden, även när någon destineringsordning inte föreligger.¹⁴¹

Domstolen ansåg dock att en regel som de i nordisk rätt framstod som långtgående i ljuset av svensk rättspraxis och doktrin och dessutom verkade opraktisk eftersom det kan vara svårt att avgöra vilken skuld som är den mest betungande. Om regeln begränsades till uppenbara fall, där underlåtenheten att betala en viss skuld var förenad med *särskilt* betungande rättsföljder för gäldenären, skulle gäldenärens avräkningsintresse säkerställas i de viktigare fallen samtidigt som en sådan avräkning inte överraskar borgenären.¹⁴²

Även i detta fall löste Högsta domstolen ett problem genom att utforma en utfyllande regel. Domstolen undersöker vad regeln ska få för innehåll bland annat genom att se till vad som följer av nordisk rätt. De nordiska reglerna är dock inte auktoritativa för domstolen, eftersom reglerna värderas och används i den mån domstolen tycker att innehållet i regeln är bra. Den nordiska rätten är alltså en källa till inspiration, men domstolen anpassar regeln för att uppnå balans mellan omsättningsintresset och gäldenärens avräkningsintresse på ett sätt som passar svensk rätt.

3.13 ”Arrendeavgiften” – NJA 2013 s. 491

I målet förelåg en tvist om storleken på en arrendeavgift. En fastighetsägare arrenderade ut jord till en lägenhetsarrendator som i sin tur arrenderade ut tomter för bostadsändamål till så kallade bostadsarrendatorer.

¹⁴⁰ Se NJA 2013 s. 1190, p. 11.

¹⁴¹ Ibid., p. 12.

¹⁴² Se NJA 2013 s. 1190, p. 12–13.

Lägenhetsarrendatorn ville höja avgiften, vilket bostadsarrendatorerna motsatte sig.¹⁴³

Domstolen uttalade att förekomsten av besittningsskydd, alltså skydd mot att jordägaren säger upp avtalet med lägenhetsarrendatorn, ska beaktas när arrendeavgiften bestäms. Om det finns ett besittningsskydd kan avgiften sättas högre. Frågan som Högsta domstolen behövde ta ställning till var om bostadsarrendatorerna hade tillförsäkrats ett sådant skydd.¹⁴⁴

Bostadsarrendatorer som arrenderar av jordägare har ett lagstadgat besittningsskydd. Eftersom en lägenhetsarrendator enligt lag saknar besittningsskydd, saknar emellertid även en bostadsarrendator som arrenderar i andra hand av lägenhetsarrendatorn som huvudregel skydd. Frågan blev om bostadsarrendatorerna hade tillförsäkrats besittningsskydd genom avtal. Lägenhetsarrendatorn påstod att det fanns ett tredjemansavtal till förmån för bostadsarrendatorerna i vilket de tillförsäkrades besittningsskydd. Domstolen utredde därför om ett sådant tredjemansavtal förelåg.¹⁴⁵

För att ett tredjemansavtal ska föreligga, påpekade Högsta domstolen att det krävs att två parter ska ha träffat ett avtal. Genom avtalet ska parterna tillägga en tredje person en rättighet och båda parterna ska ha avsett att ge tredje man denna rättighet. Vidare ska tredje man ha en självständig rätt, det vill säga kunna göra gällande sin rätt enligt avtalet oberoende av parterna.¹⁴⁶

Domstolen tolkade avtalet mellan jordägaren och lägenhetsarrendatorn för att avgöra om det förelåg ett tredjemansavtal till förmån för bostadsarrendatorerna, och då särskilt för att avgöra frågan om bostadsarrendatorerna hade en självständig rätt enligt avtalet. Domstolen kom fram till att ett tredjemansavtal inte förelåg.¹⁴⁷

¹⁴³ Se NJA 2013 s. 491, p. 3–4.

¹⁴⁴ Ibid., p. 8.

¹⁴⁵ Ibid., p. 9–12.

¹⁴⁶ Ibid., p. 13.

¹⁴⁷ Ibid., p. 14–17.

Efter att ha fastslagit detta, gick domstolen vidare och uttalade att *även* om avtalet *skulle ha* utgjort ett tredjemansavtal, ska det noteras att parterna inte för den sakens skull skulle förlora sina möjligheter att disponera över sitt avtal och skulle därför, så länge det saknas en särskild utfästelse, kunna ändra eller upphäva avtalet. Vid detta uttalande hänvisade Högsta domstolen till fyra verk, varav ett danskt skrivet av Henry Ussing och ett norskt av Carl Jacob Arnholm.¹⁴⁸

Högsta domstolen kom slutligen fram till att bostadsarrendatorerna hade ett begränsat besittningsskydd, jämfört med det skydd som skulle ha gällt om avtalet om bostadsarrende hade ingåtts direkt med jordägaren, vilket inverkade på arrendeavgifterna i sänkande riktning.¹⁴⁹

Denna slutsats måste domstolen egentligen anses ha kommit fram till redan efter tolkningen av det aktuella avtalet. Påpekandet om att det krävs en särskild utfästelse för att ett löfte i ett tredjemansavtal ska vara oåterkalleligt kommer när domstolen redan konstaterat att ett tredjemansavtal inte ens föreligger. Påpekandet är därmed inte en del av grunden för avgörandet. Snarare utgör påpekandet ett förtydligande och är klagörande på ett mer generellt plan, men det har ingen direkt styrande betydelse för målets utgång. Uttalandet, med hänvisningen till nordiskt material, är därmed *obiter dictum*.

¹⁴⁸ Se NJA 2013 s. 491, p. 18.

¹⁴⁹ Ibid., p. 21.

4 Sammanfattande slutsatser

Det som gör att någonting räknas som en rättskälla i svensk rätt, är att det finns en erkänningsregel som pekar ut materialet som en rättskälla. Om svenska jurister räknar ett visst material som en rättskälla, finns därmed en svensk erkänningsregel som säger att det materialet räknas som en rättskälla. Jag har inte gjort en empirisk granskning av om svenska jurister anser att nordisk rätt räknas som en rättskälla. Däremot har jag analyserat Högsta domstolens användning av nordisk rätt.

Kan Högsta domstolen använda ett visst material utan att materialet genom användningen räknas som en rättskälla? Efter kapitel 2 blev det möjligt att dra slutsatsen att det, i vart fall i teorin, är möjligt för Högsta domstolen att använda ett material utan att det därigenom räknas som en rättskälla. I sammanfattningen av de teoretiska förutsättningarna uppgav jag att man kan tänka sig att nordisk rätt används i tre typfall: i ”inspirationsfall”, det vill säga när Högsta domstolen använder sig av nordisk rätt som inspiration, i fall där hänvisningen till nordisk rätt ligger vid sidan av saken och utgör *obiter dictum* och slutligen i fall där nordisk rätt tillämpas direkt.

Att Högsta domstolen i ett inspirationsfall använder nordiskt material som inspiration för att skapa rätt, innebär inte att det utländska materialet innehåller svenska rättsregler. Om man menar att Högsta domstolen *skapar* rätt, menar man samtidigt att det inte gick att fastslå vad som var gällande rätt i frågan, annars hade rätten inte behövt skapas. Frågan hade varit epistemisk istället för rättspolitisk. I inspirationsfallen används nordisk rätt för att skapa den nya regeln, men gällande rätt finns inte *i* den nordiska rätten, den är inte en rättskälla.

Den största andelen rättsfall som har kommenterats i kapitel 3 har varit inspirationsfall. Det är alltså inte enbart i teorin som det är möjligt för Högsta domstolen att använda ett material utan att materialet genom användningen

räknas som en rättskälla, utan denna användning förekommer i praktiken. Nordiskt material används i flertalet fall som en källa till inspiration och argument när det finns en så kallad lucka i lagstiftningen, när det finns en oreglerad fråga i ett avtal som måste lösas genom fri utfyllning eller när rätten annars genom normgivning måste förtydligas eller preciseras.

Även *obiter dicta*-hänvisningar har förekommit bland de kommenterade rättsfallen. Eftersom dessa delar av domskälen inte har något rättskällevärde, har hänvisningarna ingen rättslig relevans och uttrycker alltså inte innehållet i gällande rätt. Att Högst domstolen skriver saker *obiter dicta*, vid sidan om saken, väcker därtill frågor om statusen av Högsta domstolens praxis som rättskälla och om en möjlig relativisering av avgörandenas prejudikatvärde.

Dessa två typfall, som majoriteten av de kommenterade rättsfallen kan sorteras in under, ger ett nekande svar på frågan om nordisk rätt räknas som en rättskälla med anledning av det sätt som Högsta domstolen använder den.

Det tredje typfallet som jag beskrev att man kan tänka sig, är alltså fall där utländsk nordisk rätt tillämpas direkt. Om Högsta domstolen hade använt nordiskt material på ett sådant sätt, hade materialet därigenom räknats som en rättskälla. Några sådana tydliga fall har emellertid inte påträffats bland avgörandena i kapitel 3.

Närmast en sådan användning kommer användningen av nordisk rätt i de fall jag kallar konventionstolkningssmålen, NJA 2016 s. 563 och NJA 2016 s. 900. Som framgår av reflektionen i avsnitt 3.9 där målen behandlas, avviker användningen i dessa fall från den lättare indelningen mellan inspirationsanvändning, *obiter dicta* och användning som rättskälla. När lagstiftning som har sin grund i internationella konventioner ska tolkas, verkar utländsk rättspraxis som är enhetlig vara auktoritativ enligt Högsta domstolen. Kanske är nordisk rätt auktoritativ inom vissa rättsområden. Att den får en avgörande betydelse vid tolkning och tillämpning av lagstiftning som har en tydlig internationell prägel kan framstå som rimligt. Samtidigt är

rimligheten i sig inget argument för ett materials auktoritet, utan återkopplar snarare till förekomsten av sakskäl.

Gränsen mellan sakskäl och auktoritetsskäl är inte knivskarp. Att så är fallet kan belysas med ytterligare ett exempel. I ett antal av de kommenterade rättsfallen hänger domstolens beslut att lägga vikt, eller inte, vid nordiskt material ihop med om det råder rättslikhet på området. I exempelvis ”Den betalande sambon”, uttalar domstolen att rättsläget i Finland, Norge och Danmark inte kan ges någon avgörande betydelse, eftersom regleringen skiljer sig påtagligt mellan de nordiska länderna.¹⁵⁰ Den här typen av uttalanden har jag tolkat som värderingar av materialet. Min tolkning är att domstolen genom att förutsätta rättslikhet, uttalar att det nordiska materialets härkomst inte i sig är ett handlingsskäl. Det är eventuellt möjligt att tolka kravet på rättslikhet som domstolen ställer upp på ett annat sätt också. För om rättslikhet föreligger, ska det nordiska materialet då ges en *avgörande* betydelse? Av uttalandet i ”Den betalande sambon”, NJA 2019 s. 23, verkar det så. I de fall där rättslikhet har rått, har det nordiska materialet tillmätts betydelse.¹⁵¹ Rättslikheten skulle alltså kunna ses både som ett sakskäl och som förutsättningen för auktoritetsskäl.

Ett auktoritetsskäl kan ha sin egentliga grund i ett sakskäl. Om ett aktörskollektiv finner handlingsskäl på grund av sakskäl och det bildas ett handlingsmönster som med tiden börjar betraktas som normativt, har handlingsskälet gått från sakskäl till auktoritetsskäl. Om användningen av nordisk rätt fortsätter kan det skapas en acceptans hos svenska jurister och ett normativt handlingsmönster som innebär att det nordiska materialet tillämpas direkt, oberoende av innehåll.

Samuelsson påpekade år 2015 att Högsta domstolen tillämpade en harmoniserande tolkning och ett harmoniserande tillämpningsresonemang.¹⁵²

¹⁵⁰ Se NJA 2019 s. 23, p. 22 och avsnitt 3.3.

¹⁵¹ Jfr. NJA 2017 s. 343.

¹⁵² Samuelsson, J. ’DCFR som svensk rättskälla?’, s. 219 och 226 f.

Att Högsta domstolen skulle kunna ha en ambition att harmonisera förmögenhetsrätten framstår, mot bakgrund av bland annat den gränsöverskridande handeln, inte som orimligt och skulle vara ett argument för en fortsatt användning av nordisk rätt och i förlängningen en utveckling av ett normativt handlingsmönster och auktoritetsskäl.

Mot detta talar historien. I inledningen beskrev jag hur DCFR utropades som en rättskälla, nu kan dock konstateras att så inte är fallet.¹⁵³ Kommer vi se samma utveckling igen? Varför gick det som det gick med DCFR? Samuelsson och Dryselius har skrivit om kopplingen mellan justitieråd och omnämmandet av DCFR.¹⁵⁴ Framförallt figurerade DCFR i domskälen när Herre eller Håstad, som numera är pensionerad, var referenter eller med i sitsen. Om också användningen av nordisk rätt skulle ha en koppling till vissa justitieråd, kommer intresset för nordisk rätt att lämna Högsta domstolen när dessa justitieråd gör det.¹⁵⁵

¹⁵³ Jfr. avsnitt 1.1. och även Dryselius, D. Lundaskolan och rättskällorna, s. 11.

¹⁵⁴ Samuelsson, J. 'DCFR som svensk rättskälla?', s. 210 f. och Dryselius, D. Lundaskolan och rättskällorna, s. 12 f.

¹⁵⁵ I majoriteten av de i uppsatsen behandlade fallen är antingen Johnny Herre eller Svante O. Johansson referenter eller med i sitsen. Med detta inte sagt att något kausalt samband mellan användningen av nordisk rätt och dessa justitieråd skulle vara påvisat.

Litteraturförteckning

Arvidsson, N. (2010). *Aktieägaravtal: särskilt ombesluts- och överlåtelsebindningar*, Stockholm: Thomson Reuters Professional.

Arvidsson, N. (2019). 'Begreppet sedvana' i: *Juridiska grundbegrepp. Vänbok till David Reidhav*. Lund: Studentlitteratur AB, s. 191–238.

Dahlman, C. (2010). *Rätt och rättfärdigande*, 2 uppl. Lund: Studentlitteratur AB.

Dahlman, C. (2019). 'Begreppet rättskälla' i: *Juridiska grundbegrepp. Vänbok till David Reidhav*. Lund: Studentlitteratur AB, s. 55–74.

Dryselius, D. (2019). *Avtalsviten: effekter och rättsverkningar*. Lund: Faculty of Law, Lund University.

Gregow, T. (2015). 'Obiter dictum – något att uppmuntra eller motarbeta?'. *JT* 2015–16 s. 36-49.

Hart, H.L.A. (1994). *The concept of law*, 2 uppl. Oxford: Oxford University Press.

Herre, J. (2018). 'Användningen av utländsk rätt i Högsta domstolen på det förmögenhetsrättsliga området' i: *Festskrift till Mads Bryde Andersen*. Köpenhamn: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 203-221.

Heuman, L. (2017). 'Rättspraxis' i: Bernitz, U, m.fl. *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*. Stockholm: Wolters Kluwer, s. 133–166.

Jareborg, N. (2004). 'Rättsdogmatik som vetenskap', *SvJT* s. 1–10.

- Lehrberg, B. (2018). *Praktisk juridisk metod*. Uppsala: Iusté.
- Munukka, J. (2010). 'Transnationella principer – rättskälla vid bestämning av återförsäljares rätt till uppsägningstid', *Ny Juridik* 1:10 s. 21–31.
- Peczenik, A. (1995). *Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära*. Stockholm: Norstedts juridik.
- Ramberg, C. (2017). *Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten*. Stockholm: Wolters Kluwer.
- Ramberg, C. m.fl. (2018). *Rättskällor: en introduktion i kritiskt tänkande*. Stockholm: Norstedts juridik.
- Ross, A. (2013). *Om ret og retfærdighed*. Köpenhamn: Hans Reitzels Forlag.
- Samuelsson, J. (2016). 'DCFR som svensk rättskälla?' i: Dahlberg, U och Åhman, K [reds.], *Europarätten – 20 år i Sverige*. Uppsala: Iustus Förlag AB, s. 197–227.
- Sandgren, C. (2018). *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Searle, J.R. (1969). *Speech acts: an essay in the philosophy of language*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sevelin, E. (2017). *Facts in the Law: A Legal Positivist Conception of the Law/fact distinction*. Lund: Faculty of Law, Lund University.
- Sevelin, E. (2019). 'Begreppet rättsregel' i: *Juridiska grundbegrepp. Vänbok till David Reidhav*. Lund: Studentlitteratur AB, s. 115–140.

Spaak, T. (2018). 'Rättspositivism och juridisk metod' i: Nääv, M och Zamboni, M, *Juridisk metodlära*. Lund: Studentlitteratur AB, s. 47–78.

Von Bar, Clive (eds.), (2009). Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition.

Zetterquist, O. (2019). 'Begreppet prejudikat' i: *Juridiska grundbegrepp. Vänbok till David Reidhav*. Lund: Studentlitteratur AB, s. 163–190.

Opublicerat material

Dryselius, D. (2021). *Lundaskolan och rättskällorna*. (Working paper).

Rättsfallsförteckning

- NJA 2013 s. 491 – ”Arrendeavgiften”*
- NJA 2013 s. 1190 – ”Avräkningsordningen”*
- NJA 2014 s. 465 – ”Andrahandsuthyrningen”*
- NJA 2016 s. 149 – ”Preskription enligt sjölagen”*
- NJA 2016 s. 563 – ”Potatisetanolen”
- NJA 2016 s. 900 – ”Flyget från Bangkok”*
- NJA 2017 s. 113 – ”Den övertagna överlåtelsebesiktningen”
- NJA 2017 s. 343 – ”Överlåtelse av kränkningersättning”*
- NJA 2018 s. 19 – ”Traktoråterförsäljaren”
- NJA 2018 s. 301 – ”NSAB-försäkringen”
- NJA 2018 s. 653 – ”De ingjutna rören”
- NJA 2019 s. 23 – ”Den betalande sambon”
- NJA 2019 s. 807 – ”Badrummet
- Mål T 2829–19 (meddelat 10 dec 2020) – ”Badrummet i radhuset”
- NJA 2020 s. 446 – ”Fullmaktsgivarens död”

*Min benämning.