

Lundaskolan och rättskällorna*

DAVID DRYSELIUS**

1. Inledning

Vilket material som räknas som en rättskälla, och vad en sådan klassificering innebär, har diskuterats under lång tid.¹ Denna artikel är inte ett försök att sammanfatta utvecklingen. I stället har jag valt att fortsätta den diskussion som professor Jori Munukka initierade i denna tidskrift hösten 2020.² Munukka var fakultetsopponent vid min disputation i Lund i september 2019 och då förde vi bland annat en diskussion om rättskällor.

Munukka har fortsatt resonemanget i sin recension. Han skriver där bland annat om den stränga positivistiska strömningen som kan utläsas i min avhandling, och att jag är i sällskap med andra lundaforskare, varför någon har betecknat denna samling Lundaskolan. En fotnot i recensionen är särskilt inspirerande. I denna nämner han (med adress Lundaskolan) nio rättsfall från Högsta domstolen tillsammans med uppmaningen att förklara uttrycket (bindande) rättskälla med de nio rättsfallen i åtanke.³

Munukka identifierar två viktiga frågor. Den ena är hur man vet att ett visst material räknas som en *rättskälla*. Den andra är vad som menas med att en rättskälla är *bindande*. Att en rättskälla är bindande för den som ska tillämpa rätten, till exempel en domstol, låter intuitivt rimligt. Domstolen blir bunden till innehållet i rättskällorna och på samma gång förbjuds den att använda något annat. Tillämpar den något annat riskerar den att döma i strid mot lagen (eller

* Artikeln har genomgått vetenskaplig expertgranskning (peer review).

** Postdoktor i civilrätt, Lunds universitet. Tack till Niklas Arvidsson, Kristian Gustafsson, Marie Göransson, Alexander Hardenberger och Marcus Utterström för givande diskussioner av tidigare utkast.

¹ Se till exempel Strömholm, S., *Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära*, s. 311 ff., Stockholm, 1996.

² Munukka, J., recension av David Dryselius, *Avtalsviten – effekter och rättsverkningar* (ak. avh.), Lund 2019, 387 s., JT 2020–21, nedan ”recensions av Avtalsviten” s. 228 ff.

³ Munukka, recension av Avtalsviten, s. 231, fotnot nr 4. Rättsfallen är *De stulna diamanterna* NJA 1998 s. 390, *Malmbergsbagarn och återförsäljaravtalet* NJA 2009 s. 672, *Den överlåtna fordringsstocken* NJA 2010 s. 467, *Den preskriberade återbetalningsskyldigheten* NJA 2012 s. 452, *Det Andra Bolaget* NJA 2014 s. 960, *De enstegstättade fasaderna I* NJA 2015 s. 110, *Emissionsgarantin* NJA 2016 s. 107, *Den övertagna överlåtelsebesiktningen* NJA 2017 s. 113 och *De ingjutna rören* NJA 2018 s. 653.

i strid med andra rättskällor), vilket skulle vara främmande för en rättsordning som framhåller rättssäkerheten. Att det skulle finnas oförbindande rättskällor eller rättskällor med en viss hållbarhet blir därför besvärligt, eftersom förutsägbarheten – som anses vara en viktig del av rättssäkerheten – minskar.⁴

*Land skulu mæþ laghum byggjæ*s förklarade Upplandslagen redan 1296. Men samtidigt påstås det emellanåt att Högsta domstolen dömer i strid mot lagen.⁵ Som ett konkret exempel kan tas NJA 2010 s. 467, där förvärvaren av ett löpande skuldebrev enligt befintliga rättskällor – lagtext och förarbeten – var i god tro om gäldenärens invändning. Trots det kom Högsta domstolen fram till att förvärvaren var i ond tro. Det kan därför se ut som att domstolen dömde i strid mot lagen. Detta framställs i regel som ett problem och det är också så jag läser Munukkas uppmaning: det är problematiskt att förklara uttrycket bindande rättskällor, eftersom de nio rättsfallen – där NJA 2010 s. 467 ingår – antyder något annat. Därigenom riskerar vi att landet inte längre byggs av lagen.

Detta är ett besvärligt ämne, och det vore naivt att tro att denna artikel skulle lösa samtliga problem kring frågan om bindande rättskällor. Syftet med artikeln är därför inte att skifta paradigm utan syftet är att visa att rättsfallen – med Lundaskolans syn på rättskällor och bundenhet – inte är så besvärliga som de vid en första anblick tycks vara.

2. Rättskällor

När jag talar om material menar jag vilket slags information som helst, skriftlig eller muntlig, som kan användas i rättstillämpningen. När en domstol dömer använder den till exempel olika slags material, både sådant som räknas som rättskällor och sådant som inte räknas som rättskällor.

Rättskällorna innehåller rättsregler. Med rättsregel menas i detta sammanhang inte bara lagregler, utan också regler fastställda i prejudikat, allmänna principer etc. Rättsreglerna kan vara antingen *regulativa* eller *konstitutiva*.⁶ De regulativa rättsnormerna föreskriver *rättsliga positioner*, alltså vilken rättslig relation som finns mellan två rättssubjekt.⁷ De konstitutiva normerna fungerar

⁴ För vikten av förutsägbarhet, se till exempel Peczenik, A., Aarnio, A., och Bergholtz, G., *Juridisk argumentation: en lärobok i allmän rättslära*, s. 21 f., Stockholm, 1990.

⁵ Se till exempel Håstad, T., *Rättstillämpning i strid mot lag*, i Flodgren, B. (red.), *Vänbok till Axel Adlercreutz*, s. 169, 2007 med hänvisning till NJA 1980 s. 743 samt Svensson, O., *Att avvika från lagen. Om möjligheten att inskränka en lagregels tillämpningsområde på kontraktsrättens område*, JT 2014–15, s. 967.

⁶ Arvidsson, N., *Aktieägaravtal: särskilt om besluts- och överlåtelsebindningar*, s. 51 f., Stockholm, 2010.

⁷ Adestam, J., *Den dokumentvillkorade garantin*, s. 35 ff., Stockholm, 2014 och Dahlman, C., *Rätt och rättfärdigande: en tematisk introduktion i allmän rättslära*, s. 39 f., Lund, 2010.

på ett annat sätt. Rättsverkningarna av sådana är att något i en viss kontext *räknas* som något, "[w]ithin systems of constitutive rules, some (...) will have the form 'X counts as Y', or 'X counts as Y in context C'".⁸

Om ett visst material räknas som en rättskälla avgörs av en konstitutiv norm. Rättsverkan i detta fall, att "något räknas som något", är alltså att ett visst material räknas som en rättskälla. Allt material kan på detta sätt provas för att se om det räknas som en rättskälla. Normens rekvisit är vilka *egenskaper* materialet ska ha.⁹ Det material som har dessa egenskaper räknas som en rättskälla.

Den konstitutiva norm vars rättsverkan är att ett visst material räknas som en rättskälla kallas för *erkänningsregel*.¹⁰ I svensk rätt förekommer endast en sådan norm. Normen är emellertid inte lagfäst, utan följer av *sociala konventioner inom ett visst aktörskollektiv*. Aktörskollektivet är i detta fall svenska jurister. Från kollektivets agerande följer erkänningsregelns *sedvanerättsliga karaktär*.¹¹ En medlem i det relevanta aktörskollektivet följer sedvanorna eftersom andra aktörer inom det relevanta aktörskollektivet gör det.¹²

Rekvisitet i erkänningsregeln är således "svenska jurister tillämpar en erkänningsregel som säger att materialet *x* räknas som en rättskälla". Detta kan omvandlas till en om så-regel enligt följande.

- (1) Om svenska jurister tillämpar en erkänningsregel som säger att materialet *x* räknas som en rättskälla, räknas *x* som en rättskälla.

Om *x* till exempel utgörs av referat från Högsta domstolen ska man ställa frågan om svenska jurister räknar sådana som en rättskälla. Detta är en empirisk fråga, vilken kan besvaras till exempel genom en undersökning av hur svenska jurister agerar. Om svenska jurister räknar referat från Högsta domstolen som en rättskälla (vilket de antagligen gör) säger erkänningsregeln att referat från Högsta domstolen räknas som en rättskälla. Om svenska jurister inte räknar tingsrättsdomar som en rättskälla (vilket de antagligen inte gör) säger erkänningsregeln att referat från tingsrättsdomar inte räknas som en rättskälla, och så vidare.

Regler som härleds från en rättskälla är *rättsregler*.¹³ Dessa har genom sitt ursprung *rättslig auktoritet*.¹⁴ Detta innebär att en rättsregel genom sin rättsliga auktoritet utgör *handlingsskäl* för vissa individer.¹⁵ Samtidigt finns det andra

⁸ Searle, J. R., *Speech acts: an essay in the philosophy of language*, s. 34 f., Cambridge, 1969.

⁹ Dryselius, D., *Avtalsviten: effekter och rättsverkningar*, s. 226 f., Lund, 2019.

¹⁰ Efter Harts *rule of recognition*, Hart, H. L. A. m.fl., *The concept of law*, s. 100, Oxford, 2012.

¹¹ Dryselius, *Avtalsviten*, s. 50.

¹² Arvidsson, *Aktieägaravtal*, s. 44, Dahlman, C., *Begreppet rättskälla*, i Dahlman, C. och Wahlberg, L. (red.), *Juridiska grundbegrepp. Vänbok till David Reidhav*, s. 62, 2019. Se även Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, s. 311 som talar om "iakttagbara regelbundenheter".

¹³ Sevelin, E., *Begreppet rättsregel*, i Dahlman, C. och Wahlberg, L. (red.), *Juridiska grundbegrepp* s. 133, 2019.

¹⁴ Dahlman, *Begreppet rättskälla*, s. 57.

¹⁵ Dahlman, *Begreppet rättskälla*, s. 65.

regler än rättsregler som kan utgöra handlingsskäl för andra individer. Handlingsskäl kan vara antingen *auktoritetsskäl* eller *sakskäl*. Auktoritetsskäl bygger på *härkomst*, medan sakskäl bygger på *inhåll*. En rättsregel har genom sin härkomst rättslig auktoritet oavsett innehåll.¹⁶

Att en regel härrör från en auktoritet innebär att den skapar handlingsskäl för den individ som räknar källan som en auktoritet. Svenska jurister räknar till exempel lagregler som en auktoritet, vilket gör att innehållet i lagreglerna skapar handlingsskäl. Men för den som ser de mosaiska budorden som en auktoritet tillhandahåller dessa regler handlingsskäl på samma sätt som lagreglerna tillhandahåller handlingsskäl för en person som ser rättskällorna som en auktoritet. Detta är också innebörden i den rättspositivistiska *separationstesen*: att lag och moral är två skilda företeelser.¹⁷ Medan rättsreglerna säger en sak kan moralen säga en annan, men båda tillhandahåller handlingsskäl för den som ser dem som en auktoritet.

Mot bakgrund av detta kan en rättskälla definieras som en regelkälla vars regler utgör handlingsskäl i rättskipningen till följd av sin härkomst i denna källa.¹⁸ En regel från en lagtext är – oavsett dess innehåll – ett handlingsskäl för rättstillämparen eftersom regeln förekommer i en lagtext och lagtext räknas som en rättskälla av svenska jurister. På samma sätt är en regel som härleds från ett referat från Högsta domstolen ett handlingsskäl för rättstillämparen, eftersom regeln kan härledas från ett referat från Högsta domstolen och sådana referat enligt svenska jurister räknas som en rättskälla.

3. Bundenhet

Nästa fråga är om innehållet i en rättskälla är *bindande*. En utgångspunkt skulle kunna vara att rättskällor är kategoriskt bindande och inga undantag tillåts. Men detta är en förenkling. I avhandlingen skriver jag följande:

Att en rättskälla är auktoritativ innebär att den är i princip bindande. Detta innebär emellertid inte att den aldrig får avvika från. Istället får detta ske, men inte utan att rättstillämparen anger skäl för avvikelser.¹⁹

Liknande resonemang förekommer på andra ställen, till exempel att i och med att ”rättskällorna tillhandahåller auktoritetsargument innebär att man i större

¹⁶ Dahlman, Begreppet rättskälla, s. 57 f.

¹⁷ Detta är en medveten förenkling av separationstesens. För en djupgående framställning, se Sevelin, E., Facts in the law: the law/fact distinction in the legal positivistic concept of law, s. 87 ff., Lund, 2017 med vidare hänvisningar.

¹⁸ Dahlman, Begreppet rättskälla, s. 65 f.

¹⁹ Dryselius, Avtalsviten, s. 51.

eller mindre utsträckning är skyldig att följa vad som anges i rättskällorna därför att det anges där”.²⁰ Här hade man velat veta vilka dessa skäl är, eller i vilken utsträckning man är skyldig att följa vad som anges i rättskällorna. Tyvärr är det svårt att mot bakgrund av befintligt material dra några säkra slutsatser. Att till exempel hitta gemensamma nämnare bland de fall där Högsta domstolen påstås ha dömt i strid med lagen för att utifrån dessa göra nomotetiska kausalförklaringar går inte.²¹ Men detta är inte samma sak som att det är meningslöst att följa Munukkas uppmaning.

Munukka skriver i sin recension bland annat att på grund av ”ovilja eller oförmåga att se gradskillnad i normativitet, där endast kvaliteten ’bindande’ – vad nu det betyder – är utmärkande för en (bindande) rättskälla, är endast bindande rättskällor (bindande) rättskällor” samt att ”[v]ad jurister i allmänhet betraktar som vägledande och i någon grad auktoritativt är alltså *inte* utmärkande för rättskälleklassificeringen. Den kvaliteten skulle alltså inte vara nog utpekande”.²²

Jag håller med om att det finns en gradskillnad i normativitet i rättskällorna, om man med normativitet menar auktoritet. Inte alla rättskällor är skapade lika, och rättskällorna innehåller också annat än rättsregler, som till exempel tolkningsregler.²³ Men detta ställer samtidigt en annan fråga: vad behöver vi rättskällor till? Det är frestande att det är självklart att vi måste ha ett rättskällebegrepp, för att skilja mellan rättskällor och ”det andra”. Utan denna skillnad hade det varit omöjligt att ens med lite säkerhet förutsäga utgången i ett mål: ett ombud hade inte på förhand kunnat rådgöra sin klient, eftersom utgången i ett mål bygger på vissa etablerade rättskällor och på att domstolen tillämpar innehållet i dessa. Med en distinktion mellan rättskällor och icke-rättskällor är detta svårt, men utan distinktionen blir det omöjligt.

4. Motskäl, huvudregler och undantag

För att precisera vad som menas med ”i princip bindande” och ”handlingsskäl på grund av härkomst” kan man använda termerna motskäl, huvudregel och undantagsregel. Med uttrycket ”i princip” menas att rättskällorna tillhandahåller auktoritativa handlingsskäl och att rättstillämparen därmed ska lösa frågan på det sätt som rättskällorna anger, ”om det inte finns *motskäl* som är starkare”. Till exempel: förarbetena till skuldebrevslagen anger vad som krävs för att en

²⁰ Svensson, Att avvika från lagen, s. 967. Se även Adestam, Den dokumentvillkorade garantin, s. 23 ff. och Dahlman, Begreppet rättskälla, s. 66.

²¹ Svensson, Att avvika från lagen, s. 969 och Håstad, Rättstillämpning i strid mot lag, s. 180.

²² Munukka, recension av Avtalsviten, s. 231.

²³ Arvidsson, Aktieägaravtal, s. 51.

förvärvare av ett löpande skuldebrev inte ska vara i god tro. Förarbeten räknas som en rättskälla, vilket gör att rättstillämparen ska lösa frågan på det sätt som står i förarbetena, om det inte finns motskäl som är starkare. I det tidigare nämnda NJA 2010 s. 467 borde Högsta domstolen – mot bakgrund av innehållet i förarbetena – kommit fram till att förvärvaren var i god tro. Men det gjorde inte domstolen, utan sade i stället att förvärvaren var i ond tro eftersom det fanns motskäl som var tillräckligt starka för att inte tillämpa innehållet i rättskällorna.

Konstruktionen med motskäl framstår möjligen som en tumregel, men det är också poängen: en rättskälla är inte bindande utan ”i princip” bindande.²⁴ Sätter man den däremot i samband med huvudregler och undantag blir den mer konkret. Med *huvudregel* menas här regler där samtliga nödvändiga villkor inte uttryckligen framgår av regeln.²⁵ Till huvudreglerna hör *undantagsregler*. Undantagsregler kan vara redan existerande eller kan rättstillämparen som en del av sin *diskretionära beslutskompetens* eller *rättsbildningskompetens* skapa en regel som sedan tillämpas.²⁶ En undantagsregel är så som den definieras här mer specificerad än huvudregeln, vilket innebär att tillämpningsområdet för huvudregeln är större än för undantagsregeln. Detta säger samtidigt inget om hur ofta respektive regel tillämpas: det finns alltså inget som hindrar att undantagsreglerna tillämpas oftare än huvudreglerna.²⁷

Beroende på undantagsregel har den olika typer av rättsverkningar. Den ena sortens undantagsregel har bara en rättsverkan: att huvudregeln inte ska tillämpas. Dessa undantagsregler kallar jag för *negativa undantagsregler*. En eventuell rättsverkan i processen följer i sådana fall av en annan regel än undantagsregeln.²⁸ Den andra sorten – *positiva undantagsregler* – innehåller samma rättsverkan som de negativa undantagsreglerna, att huvudregeln inte ska tillämpas. Men därutöver har de positiva undantagsreglerna egna rättsverkningar. Om en positiv undantagsregel tillämpas innebär det alltså två saker: (a) att huvudregeln inte ska tillämpas och (b) att undantagsregelns egen rättsverkan ska tillämpas.²⁹

²⁴ Dahlman, Begreppet rättskälla, s. 66.

²⁵ Adestam, J. och Arvidsson, N., Kommentar till lag (1936:81) om skuldebrev, s. 2017, Inledning, avsnitt 1.2.3.

²⁶ Se Arvidsson, Aktieägaravtal, s. 40 f. för skillnaden mellan diskretionär beslutskompetens och rättsbildningskompetens.

²⁷ Adestam och Arvidsson, Kommentar till lag (1936:81) om skuldebrev, Inledning, avsnitt 1.3.4.2.

²⁸ EU-domstolen har i ett antal mål tillämpat samma uppdelning, se Dryselius, Avtalsviten, s. 257 med till hänvisning till C-618/10, Banco Español de Crédito, p. 73, C-488/11, Asbeek Brusse och de Man Garabito, p. 57 och 60, C-26/13, Kásler och Káslerné Rábai, p. 80 och 82 samt C-482/13, C-484/13, C-485/13 och C-487/13, Unicaja Banco SA och Caixabank SA, p. 29. Se även Munukka, J., 36 § avtalslagen som universalverktyg mot friskrivningar och ansvarsbegränsningar, JT 2017–18, s. 393 samt Bernitz, U., Standardavtalsrätt, s. 174 ff., Stockholm, 2018.

²⁹ Se Dryselius, Avtalsviten, s. 62 och Arvidsson, Aktieägaravtal, s. 211 och för en motsvarande uppdelning mellan positiva och negativa tvingande normer.

Relationen mellan huvudregler och undantag följer av den så kallade *lex specialis*-regeln: om två eller fler regler samtidigt är tillämpliga ska den mest speciella regeln tillämpas.³⁰ Anta att vi har en verifierbar verklig händelse *A*. Anta vidare att det finns en huvudregel med tre rekvisit. Om man applicerar huvudregeln på rättsfakta i händelsen *A* leder det till en viss rättsverkan. En undantagsregel är enligt ovan mer specificerad än huvudregeln, vilket i detta fall innebär att den har (minst) ett rekvisit mer än huvudregeln.³¹ Detta innebär att om huvudregeln innehåller rekvisiten r_1 , r_2 och r_3 kommer undantagsregeln innehålla rekvisiten r_1 , r_2 , r_3 och r_4 (och eventuellt ytterligare). Detta gör också att allt annat lika kommer undantagsregeln att tillämpas på färre antal händelser än huvudregeln.³²

Om rättsfaktan i händelsen *A* motsvaras av rekvisit $r_1 - r_4$, innebär det att undantagsregelns fyra rekvisit är uppfyllda, men det innebär också att huvudregelns tre rekvisit $r_1 - r_3$ är uppfyllda. Tillämpar man *lex specialis*-regeln innebär det att undantagsregeln ska tillämpas. Däremot gäller inte det motsatta. Om huvudregelns tre rekvisit (men inga fler) är uppfyllda kan undantagsregelns fyra rekvisit omöjligtvis vara uppfyllda.

I vissa fall är undantagsreglerna explicita. Till exempel gäller enligt 32 och 33 §§ köplagen (1990:931) att köparen inte får åberopa att varan är felaktig, om han inte reklamerar inom en viss tid. Detta kan kallas huvudregeln för reklamation. Till denna finns ett undantag i 33 §, att huvudregeln inte gäller om säljaren handlat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder.

Rättsverkan av huvudregeln är att köparen inte får reklamera. Denna rättsverkan inträffar under förutsättning av köparen inte lämnar säljaren meddelande om felet inom skälig tid efter att han märkt eller borde ha märkt felet. Huvudregeln innehåller alltså ett rekvisit, och med relationen mellan huvudregel och undantag gäller att undantagsregeln innehåller detta rekvisit samt minst ytterligare ett. Detta ytterligare rekvisit framgår av den negativa undantagsregeln i 33 §, att rättsverkan enligt 32 § – att köparen inte får reklamera – inte infaller om säljaren handlat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder. Om köparen inte reklamerar och säljaren handlat grovt vårdslöst eller i strid mot tro och heder är både huvudregeln och undantagsregelns rekvisit uppfyllda. I sådana fall ska undantagsregeln tillämpas, eftersom den är *lex specialis*.

³⁰ Adestam och Arvidsson, Kommentar till lag (1936:81) om skuldebrev, Inledning, avsnitt 1.3.4.2.

³¹ Här kan man förenkla det och säga att om huvudregeln har n rekvisit kommer undantagsregeln att ha $n + m$ rekvisit, där m är lika med eller större än 1.

³² Som påpekats tidigare utgår detta från att händelserna där huvudregeln respektive undantagsregeln är tillämpliga är lika vanliga, och så måste det inte vara. Om händelsen *B*, som till skillnad från *A* innebär att undantagsregeln ska tillämpas är dubbelt så vanlig som *A*, innebär det att huvudregeln kommer att tillämpas n gånger och undantagsregeln $2n$ gånger. Detta påverkar emellertid inte klassificeringen som huvudregel respektive undantag. Se även Adestam, J. och Arvidsson, N., Avtalsbrott och skadestånd — skuldprincipen i svensk avtalsrätt, Svensk Juristtidning, 2021, s. 49.

På samma sätt förekommer huvudregler och undantag inom andra rättsområden, till exempel i 3 kap. 1 § brottsbalken. Om den påstådda gärningen uppfyller bestämmelsens rekvisit, att uppsåtligen ha berövat någon annan person livet, ska gärningsmannen dömas för mord till fängelse på viss tid eller på livstid. Men så sker inte alltid, eftersom det i huvudregeln i 3 kap. 1 § inte förekommer samtliga nödvändiga villkor. Gärningsmannen kan till exempel ha handlat i nödvärn, kan ha varit under 15 år eller till följd av allvarlig psykisk störning saknat förmåga att inse gärningens innebörd eller att anpassa sitt handlande efter en sådan insikt. Alla dessa tre undantag ökar med andra ord antalet rekvisit i huvudregeln med ytterligare ett. Anta att gärningsmannen uppfyller rekvisitet för mord och uppfyller rekvisiten i den negativa undantagsregeln att man måste vara över 15 år för att kunna dömas till påföljd. En 14-åring vars handling i och för sig uppfyller rekvisitet för mord kommer därför inte dömas till någon påföljd, eftersom undantagsregelns rekvisit är uppfyllt och därmed kan inte huvudregeln tillämpas.

För att komplettera 3 kap. 1 § borde det alltså egentligen också förekomma rekvisiten att »gärningen inte ska ha begåtts i nödvärn«, »gärningsmannen ska vara över 15 vid gärningstillfället« och så vidare. Men den typen av lagtext hade blivit alltför omfattande. På motsvarande sätt skulle många förmögenhetsrättsliga (huvud)regler behöva kompletteras med att parterna måste vara över 18 år eller att ett visst handlade inte får strida mot parternas kontraktuella lojalitetsplikt.

Att detta inte förekommer uttryckligen på alla ställen beror på att det är omöjligt att lista alla rekvisit för att en huvudregel inte ska kunna tillämpas. Trots att man gör detta i vissa fall, till exempel i 32 och 33 §§ köplagen, innebär det inte att undantaget i 33 § är det sista och i detta fall enda undantaget. I stället förekommer inom förmögenhetsrätten ett *oändligt uppräknligt antal* undantag. Det går alltså att identifiera undantagen ett och ett men uppräknningen tar aldrig slut. Detta beror på att rättstillämparen – särskilt de högsta instanserna – kan skapa en undantagsregel.

I ovanstående exempel skulle det innebära att även om man hittar huvudregeln och fem undantag är det alltid möjligt att rättstillämparen skapar en ny undantagsregel: det sjätte undantaget. Det nitiska ombud som hittar fem undantag – där inget av dem är tillämpliga – kommer därför inte med säkerhet kunna säga att huvudregeln ska tillämpas, eftersom risken finns att domstolen genom att skapa en ny undantagsregel gör att det finns $5 + 1 = 6$ undantag. Och när väl den sjätte undantagsregeln är skapad är risken att rättstillämparen nästa gång skapar en ny undantagsregel, vilket gör att det blir sju undantagsregler, och så vidare.³³

³³ Strömberg, T., Rättsordningens byggstenar: om normtyperna i lag och sedvanerätt, s. 9 f., Lund, 1988 kallar detta för *regelfragment*.

Här kan det framstå som omöjligt att förutsäga utgången i en tvist, om risken alltid finns att rättstillämparen skapar en ny rättsregel. För att kategorisera när domstolen skapar en ny regel kan man tala om olika typer av motskäl. Motskäl är i detta fall inte undantagsregler, eftersom dessa redan finns. Motskäl är i stället ett samlingsnamn för argumenten att skapa en undantagsregel. Dessa skiljer sig alltså från att tillämpa en undantagsregel i förhållande till en huvudregel. Den rättstillämpare som tillämpar en undantagsregel så som den definieras här kan knappast sägas döma i strid mot lagen. Mer besvärligt är det med den rättstillämpare som skapar en undantagsregel som gör att huvudregeln inte tillämpas. I det fallet framstår det nämligen som att rättstillämparen dömer i strid mot lagen.

Ett sätt att klassificera motskäl är att tala om *svaga* respektive *starka* motskäl. Starka motskäl innebär tillräckliga skäl för rättstillämparen att skapa en undantagsregel. Motsvarande gäller inte för de svaga motskälerna. Däremot kan ett antal svaga motskäl tillsammans utgöra tillräckliga skäl för att avvika från huvudregeln och tillämpa en undantagsregel.

Här kan man också anta att de svaga motskälerna är vanligare än de starka. Sannolikheten att ett slumpmässigt valt motskäl är starkt är därför lägre än sannolikheten att det är svagt. Att de svagare är vanligare än de starka beror på hur rättsreglerna skapas. En rättsregel som redan från början angrips av motskäl är dåligt genomtänkt, men dessa är lyckligtvis ovanliga. På det sättet har också motskälerna en begränsad varaktighet. När ett starkt motskäl uppkommer skapas antingen en negativ undantagsregel som säger att huvudregeln i vissa fall inte ska tillämpas, eller en positiv undantagsregel som säger dels att huvudregeln inte ska tillämpas, dels tillhandahåller den regel som ska tillämpas. På samma sätt gäller att om motskälerna är tillräckligt många för att lagstiftningen ska ändras försvinner också motskälerna – motskälerna ”nollställs” – om ändringen görs i enlighet med dessa.

Om man utgår från att motskäl inte uppkommer av en slump är antalet och sorten av motskäl en funktion av tiden: ju längre tid som går sedan rättskällan skapades, desto fler motskäl kommer förekomma. Här kan man ta 36 § avtalslagen som exempel, där det samlades motskäl under lång tid för att sedan tillsammans bli tillräckliga för att ändra lagen.³⁴ Allt annat lika har därför en rättskälla från 2020 utsatts för färre motskäl än en rättskälla från 2000, som i sin tur har utsatts för färre motskäl än avtalslagen från 1915. Av samma anledning gäller att det finns fler starka motskäl ju äldre rättskällan är, eftersom det finns fler motskäl ju äldre rättskällan är och ju fler motskäl det finns, desto fler starka motskäl finns det.

³⁴ SOU 1974:83. Generalklausul i förmögenhetsrätten, s. 31 och Dryselius, Avtalsviten, s. 261 ff.

5. De nio rättsfallen

Munukka hänvisar till nio rättsfall med uppmaningen att med rättsfallen i åtanke förklara uttrycket bindande rättskälla. Att en rättskälla inte är bindande utan bara i princip bindande har jag gått igenom ovan. I detta avsnitt ska jag därför undersöka om rättsfallen är problematiska om man utgår från att rättskällorna är i princip bindande och med uppdelningen mellan huvudregler och undantag så som den beskrivits ovan. För att underlätta framställningen har jag valt att dela upp rättsfallen i kategorier.

5.1 Kategori 1 – det finns en undantagsregel, men frågan är om den ska användas

För dessa rättsfall gäller att det finns en rättsregel som är aktuell i målet, i bemärkelsen att minst en av parterna menar att den ska tillämpas. Trots det har domstolen inte tillämpat regeln. Att en domstol inte tillämpar en rättsregel som en part har nämnt i målet kan givetvis ha en rad orsaker. För det första är den inte bunden av parternas åsikt om vilken regel som ska tillämpas. Att den dömer i strid mot lagen kan vara en sådan orsak, till exempel om domstolen i och för sig menar att regelns samtliga rekvisit är uppfyllda men ändå inte tillämpar.³⁵ Men orsaken kan vara enklare än så, till exempel att domstolen – till skillnad från parten – anser att minst ett rekvisit i regeln inte är uppfyllda. Rättsverkan kommer därför bli en annan än den som regeln föreskriver och det kan därför framstå som att rättskällan inte är bindande. På ett motsvarande sätt gäller när domstolen och parterna talar om ett antal olika regler, men där domstolen inte är tillräckligt tydlig med varför den tillämpar en av dessa regler (och därmed också varför den inte tillämpar de andra).³⁶

Det första rättsfallet, *De stulna diamanterna* NJA 1998 s. 390, är ett exempel på när parter och domstol talat om en regel men domstolen inte tillämpat denna utan en annan regel.³⁷ Målet handlade om Postens ansvar för en försändelse diamanter. Paketet skickades från Stockholm till Antwerpen. Avsändaren, ett svenskt bolag, påstod att det var diamanter i paketet när det lämnades till Posten. När mottagaren öppnade paketet innehöll det emellertid batterier. Bolagets

³⁵ Ekelöf, P. O. m.fl., *Rättegång Första häftet*, s. 101 ff., Stockholm, 2016. Ekelöf definierar ett reduktionsslut att det "förutsätter att det i det föreliggande fallet föreligger omständigheter av sådan speciell typ, att stadgandets ändamål motverkas eller åtminstone inte tillgodoses, trots att detsamma säkert täcks av stadgandets språkliga betydelse".

³⁶ Ett exempel på detta är *Den objektivt omöjliga efterlevandepensionen* NJA 1989 s. 614, som bland annat diskuteras av Votinius, S., Omtag för det oförutsedda – en modern syn på avtal ingångna under felaktiga förutsättningar, i Axhamn, J., Nyström, B., och Svensson, O. (red.), *Ändrade förhållanden*, s. 127 f., 2022.

³⁷ Fallet har kommenterats bland annat av Hellner, J., *Stulna diamanter*, JT 1998–99, s. 150 ff.

försäkringsbolag ersatte skadan och väckte tillsammans med bolaget talan mot Posten med krav på ersättning för de försvunna diamanterna och utebliven vinst motsvarande ca 10 miljoner kr. Enligt underinstanserna hade kändena visat dels att paketet innehöll diamanter när det lämnades till postkontoret, dels att tillgreppet skett uppsåtligt, och Högsta domstolen utgick från detta i sin prövning.

Kändenas talan byggde på att Posten som principal var ansvarig för sin personal, och att personalen stulit diamanterna, vilket orsakat skada. Man menade därför att Posten skulle ersätta skadan enligt 3 kap. 1 § skadeståndslagen, eftersom den som har hand om annans egendom i allmänhet har ett presumtionsansvar. Ansvaret skulle i detta fall innebära att Posten var skadeståndsskyldig, om Posten inte kunde visa att man inte hade orsakat skadan.³⁸ Posten menade däremot att man inte var skadeståndsskyldig för hela skadan (alltså att huvudregeln inte skulle tillämpas), eftersom en kungörelse begränsade Postens ansvar. Enligt 4 § i kungörelsen ersattes skadan som mest med det assurerade beloppet, vilket i detta fall var 10 000 kr. Kungörelsen var upphävd vid tiden för rättegången men gällde när paketet lämnades in och var därför enligt Högsta domstolen en del av parternas avtal.

Högsta domstolen kom fram till att Posten var ansvarig för hela skadan. Detta berodde på att ansvarsbegränsningen inte kunde tillämpas, eftersom dess rekvisit inte var uppfyllda. Ett av rekvisiten för ansvarsbegränsningen var att skadevällaren varit *vårdslös*. Men eftersom underinstanserna kom fram till att Postens anställda hade agerat *uppsåtligt* kunde inte ansvarsbegränsningen tillämpas.

Utöver detta tillkom ytterligare en regel, som dessutom var tvingande (även om domstolen inte uttryckligen sade det). Att den är tvingande innebär att den inte kan avtalas bort, i alla fall inte på förhand.³⁹ Denna tvingande regel – som domstolen kallar huvudregel – säger bland annat att den som tar emot egendom för befordran inte kan friskriva sig från ansvar för stöld som begås av mottagaren eller hans arbetstagare. Regeln har i sin tur undantag, bland annat med hänsyn till försäkrings- och kanaliseringssynpunkter.⁴⁰ Andra undantag följer av transporträttsliga regler som bygger på internationella konventioner.⁴¹

De olika regler som Högsta domstolen skulle hantera kan därför något förenkla ställas upp på följande sätt, med den dispositiva huvudregeln först.

- (2) Den som tar hand om gods för befordran är skadeståndsskyldig för hela skadan om egendomen försvinner.

³⁸ Se till exempel *Den skadade travhästen* NJA 1999 s. 197. Se även Bengtsson, B., Ullman, H., och Unger, S., *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden*, s. 25 f., Stockholm, 2019.

³⁹ Se Arvidsson, N. och Samuelsson, P., *Entreprenadavtal mellan näringsidkare och konsument*, s. 34 ff., Stockholm, 2018 för skillnaden mellan förhandstvingande och efterhandstvingande.

⁴⁰ Högsta domstolen hänvisar här till bland annat SOU 1974:83, s. 177.

⁴¹ Se till exempel Regeringens proposition 1985/86: 119 om flygfraktförarens ansvar för passage-rare och gods, s. 19.

Eftersom regeln är dispositiv kan den avtalas bort. Detta hade parterna också gjort genom en ansvarsbegränsning.

- (3) Postens ansvar är begränsat till 10 000 kr.

Om ansvarsbegränsningen skulle tillämpas hade det inneburit att Postens ansvar var begränsat. Men till detta kommer den tvingande regeln.

- (4) Den som tar emot egendom för befordran kan inte friskriva sig från ansvar för stöld som begås av mottagarens arbetstagare.

Eftersom Högsta domstolen kom fram till att diamanterna hade stulits av arbetstagare hos Posten var rekvisiten i (4) uppfyllda. Rättsverkan blev med andra ord att avtalsvillkoret i (3) inte gällde, och således gällde i stället huvudregeln i (2). Denna är förvisso dispositiv, men eftersom den inte har avtalats bort på ett giltigt sätt skulle den tillämpas och Posten blev därmed ersättningsskyldig för hela skadan.

Här framgår också skillnaden mellan negativa och positiva undantagsregler. Undantagsregeln i (3) var en positiv undantagsregel, eftersom dess rättsverkan var dels att den dispositiva huvudregeln inte skulle tillämpas, dels föreskrev en egen rättsverkan (att ansvaret var begränsat till 10 000 kr). Undantagsregeln i (4) var däremot en negativ undantagsregel, och dess enda rättsverkan var att regel (3) inte skulle tillämpas. Eftersom regel (4) är en negativ undantagsregel är den enda rättsverkan att en annan regel inte ska tillämpas, vilket gör att man ”faller tillbaka” på den ursprungliga huvudregeln (2).

Ett annat fall med en ansvarsbegränsning är *Den övertagna överlåtelsebesiktningen* NJA 2017 s. 113. Kärandena menade att en besiktningsman genom att inte upptäcka fel orsakat dem skada på ca 1,9 miljoner. Svaranden invände att parternas avtal innehöll en ansvarsbegränsning, som gjorde att ansvaret begränsades till 636 000 kr. Kärandena ville i sin tur tillämpa en tvingande regel med rättsverkan att ansvarsbegränsningen var ogiltig, eftersom besiktningsmannen varit grovt vårdslös.⁴² På så sätt liknar fallet *De försvunna diamanterna*, eftersom det fanns en dispositiv huvudregel: att en skadevållare är skadeståndsskyldig för hela den orsakade skadan, (motsvarande (2) ovan). Till detta kommer en ansvarsbegränsning (motsvarande (3) ovan), som eventuellt inte gäller eftersom det finns en tvingande regel som ogiltigförklarar ansvarsbegränsningen (motsvarande (4) ovan, vilket i sin tur innebär att huvudregeln ska tillämpas.

⁴² För kommentarer av fallet, se till exempel Munukka, 36 § avtalslagen som universalverktyg, s. 393 ff. och Arvidsson, N., *Avtalade ansvarsbegränsningar*. Kommentarer med anledning av ett prejudikat om ogiltighet och jämkning, i Arvidsson, N., Flodgren, B., och Nyström, B. (red.), *Modern affärsrätt. En antologi*, s. 71 ff., 2017.

Högsta domstolen kom fram till att den tvingande regeln inte skulle tillämpas. I stället talade domstolen om 36 § avtalslagen. Domstolen tillämpade däremot inte 36 §, eftersom rekvisiten inte var uppfyllda. Det är däremot oklart varför den tillämpade 36 §: antingen fanns den tvingande regeln inte, eller fanns den förvisso men dess rekvisit inte var uppfyllda. Domstolen säger inte heller något om någon *lex specialis*-regel utan man får i detta fall tolka domstolen som att den tvingande regeln fortfarande finns, men att 36 § avtalslagen skulle tillämpas i stället: ”mot den angivna bakgrunden bör frågan om ansvarsbegränsningen kan godtas numera i princip bedömas enligt 36 § avtalslagen”.⁴³ Domstolen kom där fram till att ansvarsbegränsningen inte var oskälig. Den var därför giltig och ansvaret begränsades till 636 000 kr.

Skillnaden mellan detta fall och 1998 års fall är att i 2017 års fall fanns det två negativa undantagsregler med samma rättsverkan: att en ansvarsbegränsning är ogiltig. Men de båda undantagsreglerna hade olika rekvisit. Detta blir tydligare om man utgår från att domstolen hade prövat båda reglerna mot bakgrund av samma rättsfakta. Så bör det också varit i fallet, eftersom kärandena lade upp sin talan utefter att den tvingande regeln skulle tillämpas.⁴⁴

Nedan kallas rättsreglerna *x* respektive *y*, där *x* är den tidigare tvingande regeln enligt vilken en ansvarsbegränsning inte är gällande vid grov vårdslöshet och *y* är 36 § avtalslagen.⁴⁵

- (5) Rekvisiten i *x* är uppfyllda, rekvisiten i *y* är uppfyllda.
- (6) Rekvisiten i *x* är inte uppfyllda, rekvisiten i *y* är uppfyllda.
- (7) Rekvisiten i *x* är uppfyllda, rekvisiten i *y* är inte uppfyllda.
- (8) Rekvisiten i *x* är inte uppfyllda, rekvisiten i *y* är inte uppfyllda.

Ansvarsbegränsningen blir ogiltig om båda av reglernas rekvisit är uppfyllda. Detta gör att ansvarsbegränsningen är ogiltig i (5). Vidare är den giltig i (8), eftersom ingen av reglerna kan tillämpas.⁴⁶ Det besvärliga är alternativ (6) och (7), eftersom rättsverkan beror på vilken rättsregel domstolen använder samtidigt som det vid målets avgörande inte fanns några regler som angav vilken

⁴³ Den övertagna överlåtelsebesiktningen NJA 2017 s. 113, p. 27.

⁴⁴ Den övertagna överlåtelsebesiktningen NJA 2017 s. 113, p. 9. NJA 2017 s. 113, p. 9.

⁴⁵ För stödet för den tidigare regeln, se bland annat Kungl. Maj:ts proposition med förslag till konsumentköplag, m.m., s. 138 (som förvisso handlar om konsumentsammanhang men där uttalandet görs generellt), Lundmark, T., Friskrivningsklausuler: giltighet och räckvidd. Särskilt om friskrivning i kommersiella avtal om köp av lös egendom, s. 133 ff., Uppsala, 1996, Kleinman, J., Grov oaksamhet som privaträttsligt principproblem, (red.), Festskrift till Lars Heuman, s. 273, 2008 och Samuelsson, P., Entreprenadavtal: särskilt om ändrade förhållanden, s. 259 ff., Stockholm, 2011, Adlercreutz, A. och Gorton, L., Avtalsrätt II, s. 117, Lund, 2010, Johansson, S. O., Grov vårdslöshet och avtalsfrihet – var står vi i dag med ansvarsfriskrivningar?, JT 2015–16, s. 50 på s. 62 och Bengtsson m.fl., Skadestånd i avtalsförhållanden, s. 135 ff.

⁴⁶ Här bortser jag från att ansvarsbegränsningen kan ogiltigförklaras på något annat sätt än genom dessa två regler.

av *x* och *y* som domstolen skulle använda. I fallet kan vi däremot utgå från att domstolen antingen använde alternativ (7) eller (8), eftersom ansvarsbegränsningen inte var ogiltig eller jämkades.

I detta fall blir frågan därför mer komplicerad än i 1998 års fall, eftersom det i 2017 års fall fanns två olika regler. Kärandena hade dessutom fokuserat på regel *x*, och lade upp sin talan för att dess rekvisit skulle vara uppfyllda. Det kan därför vara problematiskt om domstolen använder en annan regel än den käranden tänkt sig, om inte annat i fråga om eventuell materiell processledning.⁴⁷ Men detta bygger på att domstolen var tvungen att använda regel *x*. Domstolen är som bekant inte skyldig att tillämpa den rättsregel som parterna argumenterar kring. Och även om domstolen bestämt sig för en rättsregel behöver den inte tillämpas, till exempel om dess rekvisit inte är uppfyllda eller om domstolen anser att det finns tillräckliga motskäl för att inte tillämpa den.

Här kan man diskutera vilken påverkan som 36 § avtalslagen hade på den tidigare regeln. Den tvingande regeln nämns på många ställen i doktrinen, men många författare nöjer sig med att hänvisa till att andra författare har sagt att denna regel existerar utan att själva ta ställning.⁴⁸ Ytterligare andra framhåller att rättsläget är osäkert.⁴⁹

Ett av få uttalanden som inte är från doktrin säger angående ett förslag från 1973 att göra säljaren skadeståndsskyldig vid grov vårdslöshet ”torde få anses gälla redan nu”.⁵⁰ Uttalandet görs i ett konsumentsammanhang, och det är oklart om det som sägs bara gäller i förhållande till en konsument. Alldeles oavsett framgår det att den allmänna regeln antagligen – torde – fanns sedan tidigare.

Men tre år senare, när 36 § infördes, skulle det i teorin innebära att den allmänna tvingande regeln inte längre gällde. 36 § har inte ändrats i de delar som var aktuella i målet sedan den infördes, så frågan är varför det dröjde 30 år innan domstolen ”kom på” att ansvarsfriskrivningar skulle hanteras enligt 36 §. Det rimliga hade i stället varit att den allmänna regeln avskaffades redan 1976 när 36 § infördes, särskilt som Generalklausulutredningen påpekade att det skulle

⁴⁷ Det framgår inte av domskälen något om materiell processledning från Högsta domstolen. För kravet på materiell processledning, se till exempel Westberg, P., Överraskande rättsbildning på grundval av handelsbruk eller allmänt tillämpade standardvillkor – några reflexioner i anledning av NJA 1998 s. 448 och 1999 s. 629, Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, 2000, s. 349.

⁴⁸ Se till exempel Lundmark, Friskrivningsklausuler, s. 133 ff. som skriver att ”det brukar hävdas” att regeln finns, men att den får anses ha sitt främsta stöd i 36 §. Kleineman, Grov oaktsamhet som privaträttsligt principproblem, s. 273 problematiserar frågan men utan att föreslå en egen uppfattning. Samuelsson, Entreprenadavtal, s. 259 ff. skriver att ”vad som allmänt framhålls vara en allmän rättsgrundsats, nämligen att friskrivningar från skadeståndsansvar inte kan vidmakthållas vid fall av styrkt grov vårdslöshet”.

⁴⁹ Adlercreutz och Gorton, Avtalsrätt II, s. 117, Johansson, Grov vårdslöshet och avtalsfrihet, s. 62, Bernitz, Standardavtalsrätt, s. 116 f., Bengtsson m.fl., Skadestånd i avtalsförhållanden, s. 135 ff. och Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt, s. 275.

⁵⁰ Prop. 1973:138, s. 138.

”leda till en alltför stel bedömning att generellt dra gränsen vid grov försummelse e. d”.⁵¹ En sådan inställning skulle emellertid innebära att regeln fanns latent i väntan på att bli upptäckt av en prejudikatinstans och en sådan lösning framstår som märklig, och knappast förenlig med kraven på rättssäkerhet.

5.2 Kategori 2 – relationen till äldre praxis

I dessa fall aktualiseras frågan hur ett nytt fall förhåller sig till ett äldre rättsfall från Högsta domstolen. Högsta domstolen får förvisso ändra sig, och får – men måste inte – i sådana fall avgöra målet i plenum.⁵² Vanligare är i stället att domstolen dömer på ett sätt som aktualiserar frågan om det tidigare rättsfallet är bindande. Med utgångspunkt att rättsfall från Högsta domstolen räknas som en rättskälla följer också att de är i princip bindande och i sådana fall får domstolen avvika från dem bara om den anger skäl. Men detta bygger också på att det tidigare prejudikatet faktiskt var tillämpligt, vilket inte alltid är fallet.

I *Malmbergsbagarn och återförsäljaravtalet* NJA 2009 s. 672 var fråga om innehållet i ett återförsäljaravtal. Leverantören hade sagt upp avtalet till omedelbart upphörande, och frågan var om återförsäljaren hade rätt till någon uppsägningstid. Domstolen kom fram till att det inte fanns någon befintlig regel som kunde tillämpas, varken från avtalet eller från den dispositiva rätten. I stället skapade domstolen en ny rättsregel, att parterna i ett återförsäljaravtal ska iaktta skälig uppsägningstid.

Att domstolen på detta sätt använder sin besluts- och rättsbildningskompetens är i sig okontroversiellt. Mer komplicerat var att domstolen var tvungen att förhålla sig till ett tidigare notisfall.⁵³ I notisfallet kunde en leverantör säga upp en återförsäljare med omedelbar verkan. Eftersom det inte framgår några detaljer i notisfallet får man utgå från att parternas avtal saknade innehåll som förbjöd omedelbara uppsägningar och att det inte fanns några tvingande regler som sade att ett sådant avtalsinnehåll var förbjudet. Om leverantören kunde detta i notisfallet borde rimligen leverantören i 2009 års fall – eftersom det fortfarande saknades dispositiva regler på området – kunna säga upp avtalet med omedelbar verkan. Trots det kom domstolen alltså fram till att leverantören skulle iaktta skälig uppsägningstid, och på så sätt framstår fallen som oförenliga och aktualiserar därmed frågan om rättstillämparens bundenhet av rättskällorna.

Men denna motsättning är imaginär och försvinner vid en närmare analys. I notisfallet hade den uppsagda återförsäljaren påstått att det mellan parterna fanns ett ensamåterförsäljaravtal och att detta avtal på grund av *handelsbruk*

⁵¹ SOU 1974:83, s. 178.

⁵² Se 3 kap. 6 § 1 st. rättegångsbalken.

⁵³ Notisfallens användning och deras prejudikatsvärde har redogjorts för av bland andra Ramberg, C., *Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten*, s. 272 ff., Stockholm, 2017 och Ramberg, C. m.fl., *Rättskällor: en introduktion i kritiskt tänkande*, s. 36, Stockholm, 2018.

skulle fyllas ut, bland annat med villkor om uppsägningstid. Högsta domstolen ansåg emellertid inte att återförsäljaren hade visat något handelsbruk med detta innehåll, och eftersom käranden inte hade åberopat något annat till stöd för uppsägningstid ogillade Högsta domstolen talan.

Vad som konstituerar handelsbruk är oklart.⁵⁴ Frågan är också vad som skiljer handelsbruk från den dispositiva rätten. Däremot är man enig kring att detta är olika saker. Att Högsta domstolen i 1989 års fall sade att det inte fanns något handelsbruk har därför ingen påverkan på att domstolen i 2009 års fall sade att det inte fanns någon dispositiv rätt. Att anföra 1989 års notisfall som stöd för ett visst innehåll i den dispositiva rätten går därför inte. Domstolen tolkade uppenbarligen inte heller 1989 års fall på det sättet, utan konstruerade en ny regel.

Intressant i målet är att domstolen nämner Draft Common Frame of Reference (DCFR). DCFR är också en gemensam nämnare hos sju av de nio rättsfall som denna artikel handlar om. Munukka menade att fallet innebar att ”svensk förmögenhetsrätt nu svart på vitt utökats med en ny rättskälla”.⁵⁵ Men kan man verkligen dra denna slutsats av rättsfallet? Domstolen hänvisar till DCFR och säger att detta innehåller rekommendationer i fråga om icke tidsbestämda avtal om handelsagentur, franchising och återförsäljning.⁵⁶ Efter detta skriver den att med hänsyn till det anförda och trots innehållet i 1989 års fall bör en part som säger upp ett återförsäljaravtal iakttä skäligen uppsägningstid. Men detta är inte samma sak som att DCFR därmed räknas som en rättskälla. Däremot använder domstolen som en del av sin diskretionära beslutskompetens eller rättsbildningskompetens material som inte räknas som en rättskälla som *inspiration* för att konstruera en ny regel. Som inspiration är domstolen inte begränsad till ett visst material, och att den låter sig vägledas av ett visst material är inte samma sak som att domstolen är bunden av materialet.⁵⁷ I stället används det på det

⁵⁴ Se till exempel Arvidsson, N., Begreppet sedvana, i Dahlman, C. och Wahlberg, L. (red.), Juridiska grundbegrepp. Vänbok till David Reidhav, s. 197 ff., 2019 och Karlgren, H., Kutym och rättsregel: en civilrättslig undersökning, Stockholm, 1960, Ussing, H., Aftaler paa formuerettens omraade, s. 437, København, 1950 och Samuelsson, J., Tolkning och utfyllning: undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema, s. 246 ff., Uppsala, 2008. Se även *Sydkraft I* NJA 1998 s. 448 och *Sydkraft II* NJA 1999 s. 629. Fallen har kommenterats bland annat av Westberg, Överraskande rättsbildning, s. 348 ff. och Wiwen-Nilsson, T., HD:s rättsbildning – Några ytterligare reflexioner i anledning av NJA 1998 s. 448 och 1999 s. 629, JT 2001–02, s. 222.

⁵⁵ Munukka, J., Transnationella principer – rättskälla vid bestämning av återförsäljares rätt till uppsägningstid, Ny Juridik, 2010, s. 31. Dryselius, Avtalsviten, s. 51 ff. innehåller en redogörelse för diskussionen kring DCFR i svensk doktrin. Se även Håstad, T., DCFR Rules in the Swedish Supreme Court, (red.), The Nordic Contracts Act. Essays in Celebration of its One Hundreth Anniversary, s. 181, 2015, att det med hänvisningen till DCFR var “obvious that this source could not have any other weight than persuasive”.

⁵⁶ DCFR, IV.E.-2:302.

⁵⁷ För en redogörelse för material som inspirationskälla, se Rottenberg, M., Högsta domstolens användning av nordisk rätt i obligationsrättsliga referat ur ett rättskälleperspektiv. Examensarbete vid Juristprogrammet, Lunds universitet, s. 12 f., 2021.

sätt som Samuelsson har påpekat, att användningen av DCFR görs genom att det fogas en parentetisk, jämförande hänvisning till ett ställe i DCFR som tycks bekräfta det mönster, den regel som Högsta domstolen etablerar.⁵⁸ Så gjorde också domstolen i 2017 års fall, där man nämner DCFR men omnämmandet saknar betydelse.

Följande uttalande av justitiesekreteraren i *Traktoråterförsäljaren* NJA 2018 s. 19 är också intressant som en avslutning av diskussionen kring 2009 års fall, vilket tydligt anger föredragandens (och min) bild av DCFR.

När det gäller bestämmelser i DCFR kan dessa, som HD har konstaterat i bl.a. NJA 2009 s. 672, tjäna som vägledning och jämförelseunderlag vid prövning av frågor om olika avtalsförhållanden. Återförsäljaren kan dock inte, när motsvarande reglering helt saknas i svensk rätt, grunda ett anspråk på goodwillersättning direkt på bestämmelsen i DCFR.⁵⁹

Men därmed inte sagt att DCFR inte kan ge oss något. Här bör man skilja mellan rättsregler och tolkningsregler.⁶⁰ Dessa är inte samma sak, och DCFR kan därför – utan att vara en rättskälla – ändå tillhandahålla tolkningsregler eller innehåll till tolkningsregler (till exempel tolkning i ljuset av unionsrätten).

I samma kategori som 2009 års fall hör *Emissionsgarantin* NJA 2016 s. 107. Fallet gällde bland annat tillämpligheten av ett äldre fall, *Teckningsutfästelsen* NJA 1918 s. 394.⁶¹ Högsta domstolen sade i 2016 års fall att det inte gick att tvinga den som gjort en teckningsutfästelse att med anledning av utfästelsen teckna aktier. En sådan utfästelse var nämligen oförbindande, eftersom aktierna inte hade tecknats på det sätt som lagen föreskriver.

1918 års fall skulle enligt Högsta domstolen innebära att den som har lovat att teckna aktier ändå inte kan tvingas till det.⁶² Men 2016 års fall handlar enligt Högsta domstolen inte om möjligheten att genomdriva en aktieteckning. I stället handlar det om ett underlåtet infriande av en teckningsutfästelse kan utgöra ett skadeståndgrundande avtalsbrott. Detta prövades inte i 1918 års fall. Det finns därför ingen konflikt mellan fallen. I stället gör det att 2016 års fall innebär att detta slags avtal är bindande – men inte bindande på så sätt att teckningen kan

⁵⁸ Samuelsson, J., DCFR som svensk rättskälla?, i Dahlberg, M. och Åman, K. (red.), *Europarätten – 20 år i Sverige*, s. 216, 2016.

⁵⁹ *Traktoråterförsäljaren* NJA 2018 s. 19, p. 18 i föredragandens betänkande.

⁶⁰ Arvidsson, *Aktieägaravtal*, s. 51.

⁶¹ Fallet skapade en omfattande debatt huruvida Högsta domstolen begick grovt rättegångsfel när den dömde ut skadestånd trots att någon skada inte var åberopad, se till exempel Unnersjö, A., *Emissionsgarantiens bindande verkan och interventionsbetalarens ställning*, JT 2016–17, s. 409 ff., Håstad, T., *Emissionsgarantimålet* NJA 2016 s. 107; nu fråga om domvilla och resning samt lämplig domstol för vissa extraordinära ärenden, JT 2016–17, s. 605 ff., Lambertz, G., *Processrätten i emissionsgarantidomen*, SvJT 2017, s. 334 ff. och Schöldström, P., *Helgar ändamålet medlen? Emissionsgarantimålet och processrätten*, SvJT 2017, s. 142 ff.

⁶² *Emissionsgarantin* NJA 2016 s. 107, p. 25 med hänvisning till *Teckningsutfästelsen* NJA 1918 s. 394.

genomdrivas – utan genom att ett underlåtet infriande utgör ett avtalsbrott och avtalsbrottet i sin tur leder till skadeståndsskyldighet.⁶³

5.3 Kategori 3 – undantagsregler, starka och svaga motskäl

Till denna kategori hör de fall där rättsregeln enligt sin lydelse är tillämplig, och domstolen därför borde ha kommit fram till den rättsverkan som regeln anger. Men trots det är domslutet det motsatta, eftersom domstolen inte använt regeln. Något heltäckande mönster eller teori är svårt att tyda kring när och varför detta sker. Avsnittet nedan är emellertid ett försök till en delvis ny syn på dessa fall.

Utgångspunkten för rättstillämpningen är att om rekvisiten i en regel är uppfyllda ska man döma enligt rättsregelns rättsverkan. Om det däremot finns tillräckliga motskäl ska regeln inte tillämpas men till skillnad från kategori 1, där det redan fanns undantagsregler, finns här inga undantagsregler när processen inleddes. Man kan därför tänka sig att parterna har argumenterat för att huvudregeln ska tillämpas, eftersom det är den enda regeln som finns.

I *Den överlåtna fordringsstocken* NJA 2010 s. 467 var frågan hur godtroskravet i 15 § lagen (1936:81) om skuldebrev skulle tillämpas. Inom denna del av förmögenhetsrätten är ett antal fordringsrättsliga principer aktuella. En sådan är att betalning till vid betalningstillfället rätt borgenär i allmänhet är befriande.⁶⁴ 15 § utgör ett viktigt undantag från denna princip och anger att gäldenären inte med framgång kan invända mot en godtroende förvärvare att betalning har skett till en tidigare innehavare. Den gäldenär som betalar till vid betalningstillfället rätt mottagare kan alltså tvingas att betala samma betalning igen, men denna gång till den godtroende förvärvaren.

För att invändningen ska vara bestående krävs att förvärvaren inte är i god tro, vilket han inte är om ”han kände omständighet varå invändningen grundas, eller hade skälig anledning till misstanke därom”.⁶⁵ Skälig misstanke skulle enligt förarbetena innebära att förvärvaren ansetts skyldig att undersöka förhållandena ”bara när det finns en kvalificerad anledning att misstänka att gäldenären har en berättigad invändning”.⁶⁶ Förarbeten räknas – bland kollektivet av svenska

⁶³ Jfr Svensson, O., *Den principstyrda rätten 2. Teorins betydelse för svensk kontraktsrätt*, Ny Juridik, 2017, s. 969 ff. angående en lagtexts *finhet*. En motsvarande uppdelning kan göras mellan omöjlighet och objektiv omöjlighet, se Dryselius, *Avtalsviten*, s. 129 ff.

⁶⁴ Adestam och Arvidsson, *Kommentar till lag (1936:81) om skuldebrev*, Inledning, avsnitt 1.8.5.1.

⁶⁵ Fallet har också kommenterats ur det perspektivet, se till exempel Munukka, J., *Är orderskuldebrev negotiabla? Höjd godtroströskel vid förvärv av löpande skuldebrev*, JT 2010–11, s. 464 ff. och Svensson, O., *Att jämka en lagregel. Några tankar kring ett rättsfall om skuldebrev*, SvJT 2016, s. 68 ff.

⁶⁶ *Den överlåtna fordringsstocken* NJA 2010 s. 467, p. 8 med hänvisning till NJA II 1936 s. 73 f.

jurister – som en rättskälla. Detta gör att innehållet i förarbetena är i princip bindande, och deras rättsliga auktoritet utgör handlingskäl för rättstillämparen.

I fallet kände förvärvaren inte till några omständigheter som invändningen grundades på, och någon kvalificerad anledning till misstanke förekom inte heller. Detta gjorde att förvärvaren (den nuvarande borgenären) enligt innehållet i rättskällorna var i god tro vid överlåtelsen, och gäldenären kunde därför inte invända mot betalningskravet. Domstolarna borde utifrån dessa förutsättningar ha bifallit borgenärens talan.

Men Högsta domstolen kom i stället fram till att förvärvaren var i ond tro. Detta berodde på att, med mitt sätt att se det, det fanns tillräckliga motskäl för att skapa en undantagsregel till 15 §. Huvudregeln anger vissa förutsättningar för att förvärvaren inte ska vara i god tro, och undantagsregeln anger ytterligare förutsättningar.⁶⁷ I fallet kom samtliga domstolar förvisso fram till att inget av rekvisiten i godtrosregeln var uppfyllda, och förvärvaren borde därför ha varit i god tro och gäldenärernas invändning exstingibel.⁶⁸ Men den skapade undantagsregeln innehåller ytterligare rekvisit för att en förvärvare ska vara i god tro. Dels är den bara tillämplig vid en viss partsställning, dels kräver den att gäldenären inför överlåtelsen tillfrågas och bekräftar att gäldenären inte har någon invändning mot den av överlåtaren angivna fordringen.⁶⁹ På så sätt är regeln *lex specialis* i förhållande till förarbetsuttalandet. Partsställningen gjorde att undantagsregeln skulle tillämpas, och där kom Högsta domstolen fram till att rekvisiten inte var uppfyllda. Förvärvaren var därför i ond tro och gäldenärens invändning om betalning till tidigare borgenär var bestående.

I *Den preskriberade återbetalningsskyldigheten* NJA 2012 s. 452, uppkom en liknande situation med huvudregler och skapade undantagsregler. Försäkringskassan hade 1997 betalat underhållsstöd åt K:s son. Den 1 november samma år beslutades att K. skulle betala tillbaka 8 570 kr. Beslutet delgavs K. i september 2009, alltså nästan tolv år efter beslutet. Försäkringskassan ansökte några månader senare om verkställighet. K. invände då att skulden var preskriberad.⁷⁰

Enligt de då gällande reglerna skulle Försäkringskassans återbetalningsbeslut delges den enskilde. Försäkringskassans krav förföll till betalning tio dagar efter den dag då den bidragsskyldige delgavs beslutet och preskriberades fem år efter utgången av det kalenderår under vilket fordringen förföll till betalning. Underinstanserna tillämpade bestämmelsen så att preskriptionstiden började löpa vid delgivningen i september 2009, och att det därför inte förelåg hinder mot verkställighet.

⁶⁷ Adestam och Arvidsson, Kommentar till lag (1936:81) om skuldebrev, kommentar till Inledning, avsnitt 1.2.3.

⁶⁸ Tingsrätten och hovrätten ogillade emellertid talan på andra grunder.

⁶⁹ *Den överlåtna fordringsstocken* NJA 2010 s. 467, p. 13.

⁷⁰ Fallet är kommenterat av Svensson, *Den principstyrda rätten 2. Teorins betydelse för svensk kontraktsrätt*, s. 103 f.

Högsta domstolen diskuterade hur bestämmelsen skulle tillämpas, där en möjlighet var att tillämpa den enligt dess lydelse, oavsett att det hade gått nästan tolv år mellan beslutet och delgivningen och oavsett att det står i den då gällande lagen att Försäkringskassan utan dröjsmål ska vidta åtgärder för att driva in fordringen.⁷¹ Domstolen frågade också retoriskt om det fanns någon annan tillämpning: ”Det kan emellertid sättas i fråga om det inte finns utrymme för undantag.”⁷²

Domstolen kan här tänkas leta efter två saker: antingen en undantagsregel som redan finns eller tillräckliga motskäl för att inte tillämpa bestämmelsen. Domstolen nämnde två varianter av preskription: *långtids-* respektive *korttids-preskription*.⁷³ Dessa startar vid olika tillfällen där långtidspreskription börjar så tidigt som möjligt medan motsätt gäller för korttidspreskription. De har också olika syften och även om inte domstolen säger det uttryckligen får man anta att långtidspreskription har en längre preskriptionstid än korttidspreskription.⁷⁴ Domstolen tillade också att det är vanligt i utländska rättsordningar att de olika preskriptionstyperna kombineras och hänvisar i förbifarten till ett par artiklar i DCFR samt kommentaren till DCFR.⁷⁵

Den aktuella bestämmelsen är konstruerad på det sätt som regler om korttidspreskription i allmänhet är, samtidigt som preskriptionstiden är längre. Detta beror enligt domstolen särskilt på att myndigheten ska kunna planera och genomföra åtgärder för indrivning. Å andra sidan gäller för de flesta regler som skatter, avgifter och liknande som tillkommer det allmänna, att förfallodagen (som också anger startpunkten för preskriptionstiden) kopplas till beslutet. Detta skapar en klar och lättillämpad ordning. Att tillämpa andra regler för återbetalning av underhållsstöd ser domstolen därför inte som någon god ordning och att dessa regler har andra syften spelar inte någon roll. Tvärtom skulle en ”vanlig” startpunkt göra att preskriptionsregeln skulle verka avvecklingsdrivande, det vill säga det vanliga syftet med korttidspreskription. Vidare skulle regeln vara likadan som för de flesta andra fordringar som omfattas av skattepreskriptionslagen, där preskriptionstiden startar vid beslutet och inte dess delgivning.

Domstolen avslutar med att konstatera att vad man kommit fram till är ett undantag från 3 § 1 st. lag (1982:188) om preskription av skattefordringar m.m. och att preskriptionstiden i stället ska börja löpa när Försäkringskassan beslutar om återbetalning.⁷⁶ Anledningen att domstolen talar om 3 § 1 st. är antagligen

⁷¹ Se 29 § i den upphävdade lagen (1996:1030) om underhållsstöd samt 19 kap. 49 § socialförsäkringsbalken (2010:110).

⁷² *Den preskriberade återbetalningsskyldigheten* NJA 2012 s. 452, p.

⁷³ *Den preskriberade återbetalningsskyldigheten* NJA 2012 s. 452, p. 6.

⁷⁴ Linskog talar i stället om förfallodagsprincipen med kort preskription respektive tillkomstprincipen med en lång preskriptionstid, se Linskog, S., *Preskription: om civilrättsliga förpliktelser upphörande efter viss tid*, s. 419, Stockholm, 2021.

⁷⁵ *Den preskriberade återbetalningsskyldigheten* NJA 2012 s. 452, p. 9.

⁷⁶ *Den preskriberade återbetalningsskyldigheten* NJA 2012 s. 452, p. 15.

att man ville behålla delar av 6 § i förordningen (1996:1036) om underhållsstöd. 6 § innehåller två regler för när betalningsskyldigheten för underhållsstöd förfaller. Enligt 1 st. förfaller en tolfedel av beloppet den sista i varje månad, men enligt 2 st. förfaller betalningsskyldigheten tidigast tio dagar efter att beslutet har delgetts.

Det domstolen menar med undantag från 3 § lagen om preskription av skattefordringar är alltså att preskriptionstiden fortfarande räknas efter fordrans förfallodag men att förfallodagen (och därmed också preskriptionstiden) ska räknas från dagen för beslutet och inte dagen för delgivning. Någon sådan regel fanns inte sedan tidigare, utan där gällde huvudregeln att lagen talade om förfallodagar och att det sedan förekom i de enskilda lagarna hur förfallodagen skulle bestämmas. Här säger alltså Högsta domstolen att den allmänna regeln i 3 § fortfarande gäller men att förfallodagen vad gäller återbetalningsskyldighet för underhållsbidrag är dagen för beslutet.

En sådan regel skulle kunna se ut på olika sätt, där problemet är att lagen som innehåller preskriptionsreglerna talar om förfallodag medan lagen som anger förfallodagen inte innehåller något om preskription. 3 § innehåller emellertid två ytterligare stycken med olika undantag, och där skulle man kunna lägga ytterligare ett undantag enligt följande.

- (9) En fordran på återbetalning av underhållsstöd preskriberas fem år efter utgången av det kalenderår då Försäkringskassans beslutade att återbetalning skulle ske.

På så sätt knyts tidpunkten till beslutet och inte delgivningen, och regeln är i linje med övriga sätt att beräkna preskriptionstider inom liknande områden. Att tiden kommer att bli olika lång beroende på när på året Försäkringskassan meddelar sitt beslut är måhända inte optimalt, men å andra sidan är detta i linje med vad som gäller för övriga startpunkter.⁷⁷

5.4 Kategori 4 – inspirationsfallen

Till denna kategori hör fallen där domstolen i olika grad använt ett visst material som *inspiration*. Inspirationen kan ske på olika sätt: antingen för att tolka det enskilda avtalet eller för att skapa dispositiva rättsregler som en del av den diskretionära beslutskompetensen eller rättbildningskompetensen.⁷⁸ På det sättet skiljer sig fallen från föregående kategori, eftersom det för den föregående gruppen av fall fanns en rättsregel som i och för sig var tillämplig men där domstolen valde att skapa och tillämpa en annan regel. I kategori 4 hamnar de

⁷⁷ Den preskriberade återbetalningsskyldigheten NJA 2012 s. 452, p. 14.

⁷⁸ Arvidsson, Aktieägaravtal, s. 40.

fall där avtalet är oklart och domstolen för att lösa tvisten måste använda olika slags material med olika syften. Delvis påminner detta om vad domstolen gjorde i NJA 2009 s. 672, men i det fallet fanns mycket lite inspirationsmaterial.

Min poäng i denna del – och i enlighet med vad jag menar i avhandlingen – är att material som domstolen använder som inspiration inte genom användningen ska räknas som en rättskälla. Det innebär att domstolen kan använda visst material som inspiration för sin diskretionära beslutskompetens eller rättsbildningskompetens utan att materialet därmed räknas som en rättskälla.⁷⁹

Detta gör att domstolens hänvisningar till exempelvis DCFR eller annat material, inte genom användningen som sådan gör att materialet räknas som en rättskälla. Detta är måhända självklart, men samtidigt är det just detta – att domstolen använder ett material som därigenom blir en rättskälla – som påstås. Munukkas slutsats av NJA 2009 s. 672 – att ”svensk rätt nu svart på vitt utökats med en ny rättskälla” har redan nämnts.⁸⁰ På samma tema säger Ramberg och Ramberg, att ”UNIDROIT Principles, PECL och DCFR utgör numera (svaga) rättskällor i svensk rätt i och med att HD kontinuerligt hänvisar till dem”.⁸¹

Samma sak, att enbart att använda ett material inte gör det till en rättskälla, måste därför gälla för nordisk rätt, som på senare tid har använts som inspiration i ett antal fall. Däremot är det givetvis möjligt att till exempel nordisk rätt eller DCFR, genom att materialet successivt accepteras av svenska jurister, omvärderas och därmed från en viss tidpunkt räknas som en rättskälla.⁸² Men där är vi inte än, och särskilt vad gäller DCFR har intresset bland Högsta domstolen uppenbarligen svalnat.

Till denna grupp hör de återstående fallen: *De enstegstättade fasaderna I* NJA 2015 s. 110, *Det Andra Bolaget* NJA 2014 s. 960 och *De ingjutna rören* NJA 2018 s. 653. Domstolens tillvägagångssätt skiljer sig mellan fallen, men har också vissa gemensamma utgångspunkter. Alla fall innehåller ett avtal, och som ett första steg undersöker domstolen om avtalet kan tolkas för att på så sätt få ett innehåll. I två av fallen, *Det Andra Bolaget* NJA 2014 s. 960 och *De ingjutna rören* NJA 2018 s. 653, är det standardavtal som ska tolkas. Domstolen räknar upp den ordning av tolkningsmetoder som numera gäller för tolkning av ett standardavtal (den gemensamma partsavsikten och därefter villkorets ordalydelse). Men inte heller dessa ger någon ledning. Detta sammanfattar domstolen i *Det Andra Bolaget* respektive *De ingjutna rören* enligt följande:

⁷⁹ Arvidsson, Aktieägaravtal, s. 41 not nr 63.

⁸⁰ Munukka, Transnationella principer, s. 31.

⁸¹ Ramberg J. och Ramberg C., Allmän avtalsrätt, s. 28, Stockholm, 2022.

⁸² Arvidsson, Aktieägaravtal, s. 39.

När inte heller avtalets systematik ger någon ledning ska avtalsvillkoret tolkas i ljuset av dispositiv rätt.⁸³

När varken kontraktets ordalydelse eller systematik ger tillräcklig ledning ska avtalet tolkas i ljuset av den dispositiva entreprenadrätten.⁸⁴

Med den dispositiva rätten menas de rättsregler som i brist på direkt avtalsinnehåll hade varit tillämpliga.⁸⁵ Om avtalet hade saknat innehåll skulle därför den aktuella punkten fyllts ut med dispositiv rätt. Men därmed utgår domstolen också från att den dispositiva rätten existerar och så behöver det inte vara. I 2009 års fall var domstolen till exempel tvungen att först skapa en dispositiv rättsregel och sedan tillämpa den.

I *Det Andra Bolaget* är det dessutom tveksamt om de dispositiva rättsregler som domstolen tar ledning av – i detta fall köplagen – är dispositiva i bemärkelsen att de är tillämpliga i avsaknad av avtalsinnehåll, eftersom köplagen enligt 2 § 1 st. inte gäller avtal om uppförande av byggnad eller annan fast anläggning på mark eller i vatten. Detta gör domstolen tydligare i 2018 års fall, där det är den dispositiva entreprenadrätten som ska användas som stöd för tolkningen. Genom formuleringen bekräftar domstolen relationen mellan avtalsinnehållet och den dispositiva rätten.

Att domstolen på detta sätt använt regler som inte är dispositiva gör – precis som med DCFR – inte att dessa regler räknas som en rättskälla för entreprenadrätt. Läser man avgörandet på det sättet skulle det innebära att bara för att domstolen nämner köplagen kommer den härnäst att räknas som dispositiv rätt inom entreprenadrätten. Men så kan man som sagt inte resonera, och dessutom använder domstolen inte köplagen mer än att säga att den är särskilt intressant. I de efterföljande domskälen tolkar i stället domstolen bestämmelsen i ljuset av något slags allmän obligationsrätt snarare än i ljuset av köplagen.

I *De ingjutna rören* hade tingsrätten enligt 56 kap. 13 § rättegångsbalken hänskjutit frågan om entreprenören är skyldig att ersätta beställaren för kostnader avseende åtkomst till ledningarna och återställning efter utförda avhjälpandearbeten i rörentreprenaden fullt ut eller om ersättningsskyldigheten är begränsad till 15 procent av kontraktssumman, som följer av ABT 94 kap. 5 § 14.

I fallet fanns ett avtal mellan parterna, men avtalets lydelse innehöll inget som reglerade ansvaret för dessa kostnader. Av avtalets systematik framgick i och för sig att entreprenören svarar för fel som framträder under garantitiden samt för skada på entreprenaden på grund av fel. Vidare har entreprenören en

⁸³ *Det Andra Bolaget* NJA 2014 s. 960, p. 23 med hänvisning till *Skadorna på Läckebys arbeten* NJA 2013 s. 271, p. 7. Se även Ingvarson, A. och Utterström, M., Högsta domstolens intåg i entreprenadrättens slutna rum, SvJT 2015, s. 260 ff.

⁸⁴ *De ingjutna rören* NJA 2018 s. 653, p. 20 med hänvisning till *Det Andra Bolaget* NJA 2014 s. 960, p. 23.

⁸⁵ Dryselius, Avtalsviten, s. 59.

skyldighet (och rättighet) att avhjälpa fel, och om entreprenören inte avhjälper felet får beställaren avhjälpa felet på entreprenörens bekostnad.

Högsta domstolen konstaterade att det saknades en gemensam partsavsikt och att frågan i målet därför fick avgöras genom tolkning av parternas avtal. Därefter tar den upp de sedan tidigare etablerade tolkningsmetoderna (ordalydelsen, avtalets systematik och övriga villkor), anger att dessa inte ger tillräckligt besked samt att avtalet därmed ska tolkas i ljuset av den dispositiva entreprenadrätten.⁸⁶

Här talar domstolen om allmänna obligationsrättsliga principer och vad som gäller för närliggande avtalstyper.⁸⁷ Den nämner den köprättsliga regleringen men det framgår inte om detta är något annat än köplagen. Här tillägger den emellertid att man måste beakta att det är ”två olika avtalstyper som i vissa frågor skiljer sig åt mer väsentligt”, vilket möjligen kan läsas som ett steg bakåt jämfört med den onyanserade bilden av köplagen i *Det Andra Bolaget*.

Härefter går domstolen igenom vad avtalet och den allmänna kontraktsrätten säger om avhjälpan, och konstaterar att entreprenören i allmänhet är skyldig att avhjälpa fel. Från denna skyldighet finns en rad undantag, bland annat i AB. Domstolen säger också att det inte finns ytterligare undantag i dispositiv rätt. Den hänvisar här till köplagen, och att även om köplagen i vissa fall passar sämre, hindrar inte detta att den princip som uttrycks i 34 § första stycket bör ha en motsvarighet i den dispositiva entreprenadrätten.⁸⁸ Hittills är det också tydligt att domstolen talar om tolkning av avtalet och då får man också anta att detta är syftet med genomgången: att hitta dispositiva regler att tolka avtalet i ljuset av. Högsta domstolen påpekar också att en reglering i ABT har ersatt begränsningen av avhjälpan skyldigheten som följer av dispositiv rätt och att det därför inte finns utrymme för att i ljuset av den dispositiva rätten tolka in ytterligare begränsning av entreprenörens avhjälpan skyldighet.

Med en konstaterad avhjälpan skyldighet återstår för domstolen att bestämma hur omfattande den ska vara. Detta besvaras inte av uttrycket avhjälpa fel eller av systematiken i regleringen. Inte heller köplagen ger någon ledning. Frågan är också knäpphändigt behandlad i den svenska litteraturen.

Härefter går domstolen över till innehållet i danska och norska standardavtal och dansk och norsk litteratur. Enligt dansk litteratur gäller att entreprenören ska svara för åtkomst- och återställandearbeten och denna skyldighet är enligt litteraturen ett utslag av allmänna kontraktsrättsliga principer. Enligt norska standardavtal – som i huvudsak anses uttrycka allmänna kontraktsrättsliga principer för arbeten på byggnader och anläggningar – gäller att entreprenören ska täcka kostnader för avhjälpan, däribland kostnader för att komma åt arbetena. I norsk litteratur tas också just exemplet med ett inbyggt rör som läcker och att

⁸⁶ *De ingjutna rören* NJA 2018 s. 653, p. 20.

⁸⁷ Se Dryselius, *Avtalsviten*, s. 225 ff. för definitionen av avtalstyper.

⁸⁸ *De ingjutna rören* NJA 2018 s. 653, p. 31.

entreprenören i sådana fall ska stå för kostnaderna för rivning och återuppbyggnad av väggen samt att detta är en allmän princip som hade gällt också utan avtalsreglering.

Detta leder till att Högsta domstolen anser att grundsynen i Danmark och Norge samt i ljuset av den nordiska rättsgemenskapen bör innebära att ABT 94 och den dispositiva rätten i Sverige har samma innehåll som den som framgår av det danska och norska materialet. Därefter påpekar domstolen igen att detta gäller enligt den dispositiva rätten, och att så bör också ABT 94 tolkas. Därmed har domstolen alltså som en del av sin rättsbildningskompetens skapat följande dispositiva regel med inspiration från Danmark och Norge.

- (10) Om felavhjälpan av entreprenörens egen prestation inte kan ske utan destruerande ingrepp i, och efterföljande rekonstruktion av, sådant som inte avsåg den egna prestationen, ska entreprenören svara för dessa åtgärder och därmed förknippade försvarliga kostnader.

Denna regel skapades av domstolen i och med rättsfallet, och finns från och med fallet i den dispositiva entreprenadrätten. Det är däremot oklart om domstolen tillämpar regeln direkt, alltså genom att den fyller ut parternas avtal, eller om avtalet tolkas i ljuset av regeln. Domstolens slutsats kan läsas på båda sätten. Först går domstolen genom vad som gäller enligt dispositiv rätt och tillägger att detta bör gälla också för avhjälpandeskyldigheten för väsentliga fel enligt ABT 94. Därefter säger den följande: ”Villkoren ger beträffande sådana fel inget besked i frågan och bestämmelsernas systematik talar inte emot att dispositiv rätt då bestämmer avtalsinnehållet.”⁸⁹ Om avtalsinnehållet bestäms genom tolkning eller genom utfyllning framgår alltså inte. Att domstolen inte skiljer mellan tolkning och utfyllning är en fortsättning på *Det Andra Bolaget*, vilket (med rätta) har kritiserats i doktrinen.⁹⁰

Det sista fallet är också det mest besvärliga ur ett rättskälleperspektiv, eftersom domstolen här inspireras av rättsregler som – i likhet med kölagen i förhållande till entreprenadrätten – uttryckligen inte är tillämpliga. I *De enstegstättade fasaderna I* NJA 2015 s. 110 var fråga om fel i en entreprenad. Enligt avtalet förelåg fel bland annat om entreprenaden avvek från vad som har avtalats eller om resultatet av entreprenörens arbete inte motsvarade kravet på fackmässighet.⁹¹

Domstolen konstaterade inledningsvis att konsumenttjänstlagen inte är tillämplig.⁹² Men sedan skriver den – trots vad den nyss konstaterat – att den aktuella bestämmelsen i ABS 95 ”svarar mot 4 och 9 §§ konsumenttjänstlagen”. Domstolen säger vidare att fastän lagen inte är tillämplig ”är det en

⁸⁹ *De ingjutna rören* NJA 2018 s. 653, p. 52.

⁹⁰ Arvidsson, N. och Samuelsson, P., *Entreprenadrättsliga felpåföljder*, Ny Juridik, 2015, s. 47.

⁹¹ Se 2 kap. 6 § ABS 95.

⁹² *De enstegstättade fasaderna I* NJA 2015 s. 110, p.

naturlig utgångspunkt att bestämmelserna har samma innebörd som motsvarande lagregler”.⁹³

Vad domstolen menar med att ABS 95 ”svarar mot” konsumenttjänstlagen eller vad en naturlig utgångspunkt innebär är emellertid oklart. Båda materia- len talar förvisso om fackmässighet och de talar om att fel föreligger vid vissa avvikelser. Men medan felgrunderna i ABS 95 inte har någon inbördes relation fränsett ett ”eller” har konsumenttjänstlagen ett annat upplägg. Lagen talar om att tjänsten ska anses felaktig om den avviker från vad konsumenten med hänsyn till 4 § har rätt att kräva, om den avviker från vissa föreskrifter eller myndighets- beslut eller vad som *därutöver* anses avtalat.

Ordet ”därutöver” är viktigt. Detta innebär att det enligt konsumenttjänst- lagen ligger ett krav på fackmässighet ”i botten” och att detta sedan komplet- teras med vad som anses avtalat. Kravet på fackmässighet utgör på så sätt en miniminivå, där vad som anses avtalat ger ytterligare skydd. Detta kan tyckas vara petitesser, men det bygger på att standardavtalet (som gällde i målet) och lagstiftningen (som inte gällde i målet) har olika upplägg. Det naturliga att låta dessa två ha samma utgångspunkter är därför inte lika självklart som domstolen formulerar det, vilket också har påpekats i litteraturen.⁹⁴

En viss lagstiftning är alltså inte tillämplig enligt dess lydelse, men domsto- len tillämpar den ändå, i vart fall genom att använda dess förarbeten för att tolka det aktuella avtalet. En annan sak, som i sammanhanget framstår som okontro- versieellt, hade varit om domstolen hade tolkat avtalet i ljuset av rättsregler som annars hade varit tillämpliga alternativt använt icke-tillämpliga regler analogt. Det man nu gjorde var i stället att tolka avtalet i ljuset av rättsregler som inte var tillämpliga.

Även om domstolen tillämpat dessa analogt, hade det också kunnat ifråga- sättas, eftersom den analoga tillämpningen bygger på vissa likheter mellan två rättsområden.⁹⁵ När domstolen skapar tolkningsregler eller dispositiv rätt är den förvisso fri att använda vilket material den vill. Problemet är alltså inte att den använder material som inte räknas som en rättskälla i det aktuella fallet, utan problemet är vilket material den använder.⁹⁶ Samtidigt visar detta också gränsen mellan rättskällor och annat material. Danska standardavtal blir inte en rättskälla bara för att domstolen inspireras av dem och på samma sätt gäl- ler att förarbetsuttalanden till icke tillämplig lag inte blir en rättskälla bara för att domstolen inspireras av dem. Problemet är i stället att den regel domstolen

⁹³ *De enstegstättade fasaderna I* NJA 2015 s. 110, p.

⁹⁴ Samuelsson, DCFR som svensk rättskälla?, s. 220.

⁹⁵ Se till exempel Reidhav, D., Reasoning by analogy: a study on analogy-based arguments in law, s. 32 f., Lund, 2007.

⁹⁶ Se Dryselius, Avtalsviten, s. 68 för skillnaden mellan olika typer av utomrättsligt material.

skapade kan harmoniera bättre eller sämre med rättssystemet i övrigt beroende på varifrån den kommer.⁹⁷

6. Slutsatser

Efter genomgången av rättsfallen kan man konstatera vissa saker. Den första är att uttrycket ”i princip” i princip löser många problem som annars hade uppstått, eftersom klassificeringen av rättskälla inte blir absolut eller utan undantag. Samtidigt kvarstår andra problem, men det blir i vart fall inte den besvärliga situation som man i förstone kan tro. Visst hade det varit bättre om artikelns syfte och tillhörande slutsats varit att skapa en framåtblickande teori för när en domstol kommer att anse att det föreligger tillräckliga skäl för att skapa en undantagsregel.

Men det kan jag inte, och även om det är en klen tröst är jag i gott sällskap av bland andra Torgny Håstad och Ola Svensson. Däremot, och det är också det som är syftet med artikeln, har jag förklarat hur min syn på i princip bindande rättskällor, huvudregler och undantag löser vissa problem och hur en noggrann rättsfallsanalys löser andra (men inte alla) problem.

Tidigare var DCFR en vanlig inspirationskälla för Högsta domstolen. Nu har nordisk rätt axlat den rollen, och domstolen riktar därför uppmärksamheten ditåt.⁹⁸ Om detta sedan innebär att vi får temanummer om betydelsen av nordisk rätt går inte att svara på nu. Det går inte heller att svara på vilket material (om något) som är aktuellt om tio år. Men trenden är att rättsordningen blir mer och mer komplicerad, vilket kan göra att allt fler frågor saknar svar i rättskällorna. Detta gör att både inspirationsmaterial och kontrollen över det behövs. Diskussionen kring vad som räknas som en rättskälla är därför inte heller denna gång obsolet, utan tvärtom kommer den att bli mer och mer relevant.

⁹⁷ För kravet på harmonisering, se Lindskog, S., *Betalning: om kongruent infriande av penningsskulder och andra betalningsrättsliga frågor*, s. 35 f., Stockholm, 2018.

⁹⁸ Se till exempel de många hänvisningarna till norskt och danskt material i *Badrummet i radhuset* NJA 2020 s. 951.