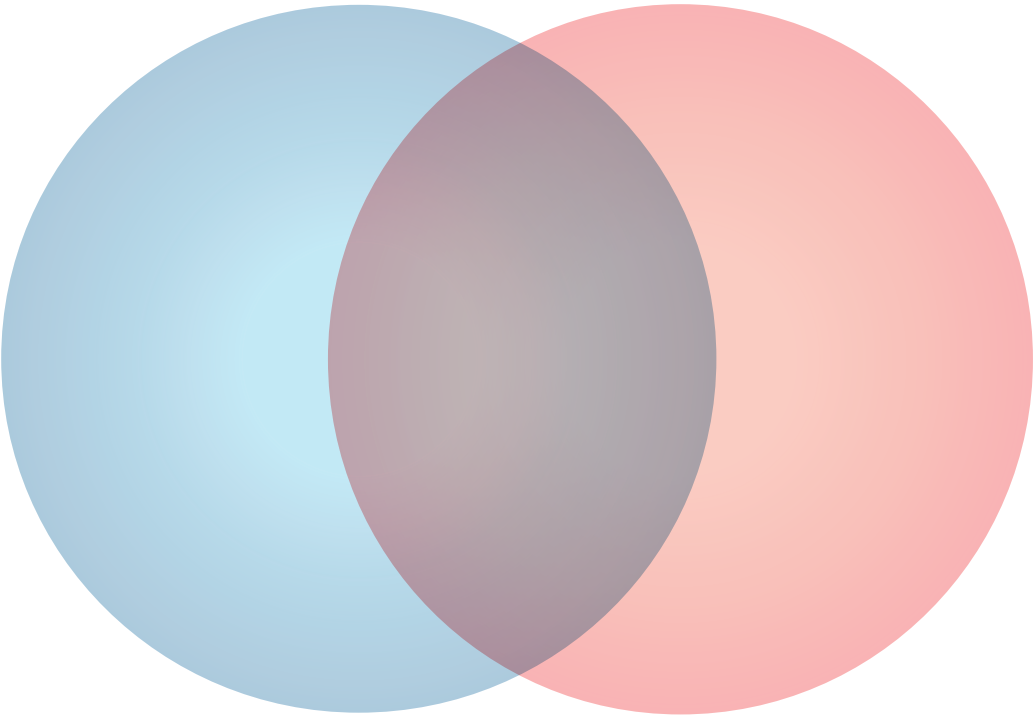
Red. Lisa Mattea Elvevold & Joel Samuelsson

OVER GRÄNSEN



NORSK-SVENSKA DIALOGER OM FÖRMÖGENHETSRÄTTSLIG PRAXIS

iUSTUS

Over gränsen

Norsk-svenska dialoger om förmögenhetsrättslig praxis

REDAKTÖRER
LISA MATTEA ELVEVOLD
OCH JOEL SAMUELSSON

iUSTUS
FÖRLAG

© Författarna och Iustus Förlag AB, Uppsala 2025
Upplaga 1:1
ISBN 978-91-7737-268-4
Produktion: eddy.se ab, Visby 2025
Omslag: John Persson
Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala
Telefon: 018-65 03 30
Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Printed by Eurographic Group, 2025

INNEHÅLL

Förord 9

Slik små barn leker. En slags innledning 11

Therése Fridström Montoya
It's never too late to be a rockstar 19

Markus Hoel Lie
Om å forske rett – noen tanker om rettsdogmatikk og tilhørende herligheter i lys av Montoyas tekst 48

Gunnar Ketil Eriksen
Hvordan skillet mellom synbare og usynbare bruksrettigheter ved hevd oppsto gjennom et samspill mellom juridisk teori og rettspraksis i Norge på 1800-tallet 59

Marc Landeman
En kommentar till "Hvordan skillet mellom synbare og usynbare bruksrettigheter ved hevd oppsto gjennom et samspill mellom juridisk teori og rettspraksis i Norge på 1800-tallet" 77

Bjørn Løtveit
Prioritetsreglers anvendelighet på tredjemannskonflikter knyttet til «knowhow» 87

Therése Fridström Montoya
To know what you know and what you don't know, that is true knowledge 113

Benjamin Svensson
Avtalstolkningsalternativ och processuella bördor 127

Marie Helness Haug & Crystal Ho-Yee Lam
En kommentar til «Avtalstolkningsalternativ och processuella bördor» av Benjamin Svensson 170

Kristine Alteren Schwenke
Erstatningsansvar for medlemmer av avviklingsstyre i aksjeselskap 175

Marigó Oulis
Några reflektioner rörande skadeståndsskyldigheten för avvecklingsstyre och/eller likvidator 199

Marigó Oulis
Om entire agreementklausuler och avtalade skriftkrav i svensk rättspraxis samt något om no waiverklausuler 211

Gunnar Ketil Eriksen
Om artikkelen «Om entire agreementklausuler och avtalade skriftkrav i svensk rättspraxis samt något om no waiverklausuler» 251

Sverre Magnus Bergslid Salvesen
Høyesteretts bruk av juridisk litteratur som rettskilde på formuerettens område 253

Oskar Mossberg
Nietzscheanska fantasier om Salvesens impact 283

Mikael Hansson
”Procentmetoden” vid köp av bostadsrätt i befintligt skick och drömmen om den mätbara juridiken 299

Kristine Helen Korsnes
«Procentmetoden» vid köp av bostadsrätt i befintligt skick – Noen kommentarer til Mikaels artikkel 321

Markus Hoel Lie
God tro ved overskridelse av preseptorisk lov i lys av Rt. 2015 s. 600 339

Benjamin Svensson
Några tankar kring rättslig föreställningsförmåga 356

Oskar Mossberg
Spekulationer om implikationer 375

Lisa Mattea Elvevold
Noen assosiasjoner og projeksjoner 450

Kristine Helen Korsnes
Om Høyesteretts rolle som utvikler av norsk internasjonal privatrett 455

Joel Samuelsson
Några anteckningar om regel och skön 501

Marie Helness Haug & Crystal Ho-Yee Lam
En analyse av transportørers lojalitetsplikt i lys av HR-2019-231-A 509

Mikael Hansson
Problem – för en transportör, för en domstol, för två norska stipendiater och för mig 528

Joel Samuelsson
Teori är obiter. Ett bidrag till svensk prejudikatlära 535

Sverre Magnus Bergslid Salvesen
Rettsvitenskap eller rettens vitenskap? 558

Lisa Mattea Elvevold
En skattkiste til besvær 563

Alexander Unnersjö
Som man ropar får man svar, men vad ska man ropa? 600

Liten ordlista 607

Författarpresentationer 611

Joel Samuelsson

NÅGRA ANTECKNINGAR OM REGEL OCH SKÖN

Det juridiska tänkandet opererar med en påfallande liten uppsättning grundläggande kategorier.[1] Att så är fallet är en tanke som inte kan tänkas bort när man väl tänkt den. Allt vårt stoff, denna oöverskådliga massa, pressar vi gång på gång genom samma, gamla former. Det är inte nödvändigtvis problematiskt, men det är intressant och det förenar oss, över jurisdiktionsgränserna.

Narrativet i Kristine Korsnes bidrag till denna antologi, om den internationella privaträttens utveckling i Høyesteretts praxis, bygger på motsättningen mellan *regel* och *skön*. Berättelsen börjar i det skönsmässiga, med *Irma Mignon*-domen i Rt. 1923 II s. 58,[2] beskriver en formaliserande rörelse i sentida praxis, och slutar i en rekommendation: det är nu dags för lagstiftaren att träda in. Rörelsen mot konkretiserade lagvalsregler har enligt Korsnes gått så långt att den inte längre bör drivas av rättstillämparen. Det är lagstiftarens uppgift att tillhandahålla nya rättsregler. Rörelsen beskrivs i positivt kodade termer. Det är fråga om en ”utveckling”. Det ”moderna” förhållningssättet till den internationella privaträtten – alltså, förstår vi, det förhållningssätt som ersatt det omoderna, skönsmässiga – är systematiskt och regelorienterat.[3] Berättelsen har ett lyckligt slut, eller ställer åtminstone ett lyckligt slut i utsikt. Det går åt rätt håll.

Motsättningen mellan regel och skön är en av de mest grundläggande begreppsliga indelningar som det juridiska tänkandet förfogar över. En

[1] Motsvarande gäller väl för tänkandet i stort. Att så är fallet har åtminstone ofta hävdats.

[2] Høyesterett tillgriper här den klassiska principen att ett rättsförhållande ska bedömas enligt lagen i det land till vilket det har starkast anknytning. Det är en princip som är oformligare än de flesta. Enligt Hult, P., Juridisk debatt, Uppsala 1952 s. 35, utgör den ”icke stort mer än en omformulering av själva spörsmålet i intetsägande ord och en hänvisning till ett fullständigt fritt skön.”

[3] Jfr nedan s. 506.

av de mest grundläggande och en av de äldsta; vi hittar den ”redan hos Aristoteles”, i Nikomachiska etiken, bok V.10 och i Retoriken I.13 och 15.

”Aristotle’s discussion of equity (*epikeia*) is perhaps his most influential contribution to jurisprudence”, skriver den australiske rättsfilosofen George Duke,[4] och det kan stämma, men om det är kausalitet vi pratar om är det kanske mer betydelsefullt att detta tema är så centralt för det juridiska tänkandet: Hos Aristoteles hittar vi händelsevis den äldsta bevarade uttryckliga behandlingen,[5] men temat illustreras konkret i spår av det antika tänkandet som är äldre än så, till exempel i berättelsen om Hades bortrövande av Persefone (den centrala myten i de eleusinska mysterierna, som anses härröra från bronsåldern). Fruktbarhetsgudinnan Demeter, hennes mor, förlamades av sorg och ingenting kunde längre växa på jorden. Zeus fick till sist Hades att släppa Persefone, men Hades hade lurat henne att suga på några granatäpplekärnor och enligt gudarnas lag måste den som en gång ätit och druckit i dödsriket stanna där. Hade Zeus vid tillämpningen av den regeln varit formalist, istället för att tillåta sig ett mått av skön, hade vi levt i evig vinter. Men Persefone får tillbringa halva året hos sin mor, och årstiderna växlar.

Aristoteles beskriver det dialektiska spelet mellan regel och skön. Det skönsmässiga framträder hos honom inte som antitetiskt till det rättsliga, utan som en form av det rättsliga, eftersom lagen i kraft av sin generalitet med nödvändighet kräver ett mått av skönsmässighet vid tillämpningen. Formalism är, kan man säga, lika mycket det rättsligas motsats som godtycket. Regeln förutsätter skönet, och skönet regeln. Formellt sett har ingendera polen företräde.

När spelet mellan regel och skön aktualiseras i specifika kontexter tenderar vi visserligen att stå på endera sidan, men i praktiken vet vi, även om vi inte reflekterat över det, att positionerna är utbytbara. Kanske hävdar vi att regler är regler, och att regler ska följas (*dura lex, sed lex*), eller omvänt att rimligheten kräver att undantag medges (*summum ius, summa iniuria*). Det här är elementa för alla jurister. Vi känner argumenten

[4] Duke, G., Aristotle and Law. The Politics of *Nomos*, Cambridge 2020 s. 149.

[5] Det finns äldre belägg för den besläktade tanken, att det viktigaste inte kan sägas uttryckligen, utan måste förbli underförstått. Den är t.ex. central för Herakleitos, såvitt kan bedömas givet de efterlämnade fragmenten; se t.ex. Herakleitos, Fragment i översättning av Håkan Rehnberg och Hans Ruin med kommentar av Hans Ruin, Lund 1997 fragment nr 45, 56, 72 och 87.

väl – förutsebarhet contra flexibilitet, och så vidare – och deras symmetri visar att vi i viss mening lika gärna hade kunnat stå på andra sidan. Ingenting säger ju att förutsebarhet alltid trumfar behovet av flexibilitet, och detsamma gäller motsatsen.

På detta sätt inbjuder uppmärksammandet av de *former* vi har att hålla oss till slutsatsen att våra argument saknar *substans*. Man kan få känslan att spelet är meningslöst. Detta är rättsskepticismens emotiva grundmodus, och det är inte bara en känsla, utan en *existentiell kris* – i och med att det här gäller själva föremålet för den juridiska verksamheten, rätten som sådan. Det rör sig om en brist på (till)tro (*a lack of faith*).

Många texter som associeras med fenomenet *critical legal studies* (cls) tycks skrivna i detta tillstånd.[6] Ett exempel är Pierre Schlags artikel ”Rules and Standards”, från 1985, som också är en modern klassiker på temat regel och skön.[7] I likhet med Aristoteles anser Schlag att spänningen mellan regel och skön (i iterationen ”rules and standards”) är oupplöslig:

> ”[It is] a dialectic I claim is omnipresent, yet bereft of any synthesis.”[8]

Hos Schlag väcker detta förhållande rättsskeptikerns tvivel:

> ”[M]uch of legal discourse (including the very fanciest law-talk) might be nothing more than the unilluminating invocation of ’canned’ pro and con arguments about rules and standards.”[9]

Argumentation, alltså, som ska vara lika epifenomenal, lika påklistrad, som burkskrattet i dåtidens sit-coms (*’canned’ arguments*). Schlag tar sedan, på klassiskt realistiskt manér, den juridiska argumentationens föregivna grundlöshet till intäkt för att ställa frågan vad som *egentligen* är avgörande i rättsliga frågor:[10]

[6] Till det följande se t.ex. den manual som tillhandahålls av Kennedy, D., A Semiotics of Critique, Cardozo L. Rev. Vol. 22, 2001 s. 1189.

[7] Schlag, P., Rules and Standards, UCLA L. Rev. Vol. 33, 1985 s. 379 ff. Texten figurerar på andra håll i denna antologi; se hänvisningarna hos Svensson, ovan s. 356 ff..

[8] A.a. s. 430; se även s. 383.

[9] A.a. s. 380.

[10] För ”kritikern” är det som vi ser och hanterar inte den riktiga rätten, utan, för att använda en metafor hos Desautels-Stein, som ett nyligen ömsat ormskinn – själva ormen, den levande, komplexa organismen, får vi aldrig fatt i; Desautels-Stein, J., After the End of Legal Thought, Desautels-Stein, J., Tomlins, C. (eds.), Searching for Contemporary

> ”Much of legal argument tracks the dialectic [of rules and standards]. This dialectic cannot be anchored in matters of substance. Indeed, the very attempt to explain this aspect of form in terms of substance succeeds in doing quite the reverse: It puts us on the road to explaining substance by means of form. The short of it is that much of legal argumentation is simply an exercise in the formalistic mechanics of a dialectic which doesn't go anywhere. The point of further study ought to be to ascertain why and how it is that we allow such silly games to have such serious consequences.”[11]

Jag kan inte hålla med. Visst, även om våra argumentationsformer är historiskt givna, så kan de *för teoretikern* framstå som godtyckliga,[12] i den meningen att det inte finns *någon anledning* att föredra den ena framför den andra – till exempel regel framför skön, eller tvärtom. Det finns ingen koppling till innehållet (”cannot be anchored in matters of substance”).[13] Formen som sådan ”doesn't go anywhere”, och det står klart – det har, som vi just har sett, stått klart sen äldsta tid; substansen är inte given med våra former – men det är ingen anledning att anse *bruket* av dessa former meningslöst (som om det inte rörde sig om mer än ”silly games”).

Förklaringarna tar slut, det gör de alltid, men det säger oss inte mer än att det är orimligt att förvänta sig att livet ska vara grundat i förklaringar – alternativt att en förklaring, i meningen ett rättfärdigande, är någonting som man helt enkelt nöjer sig med (för *varje* förklaring kan ifrågasättas).[14] (En skeptisk teoretiker, det är någon som inte har klart för sig *vad en förklaring är*.)

Legal Thought, Cambridge 2017 s. 526 ff. (Foucault ställd på huvudet.); jfr, förresten, Samuelsson, J., Avtalsrätt efter historiens slut, JT 2016–17 s. 643 ff.

[11] A.a. s. 430.

[12] Jfr den tecknens godtycklighet som enligt Saussure är lingvistikens första princip; Saussure, F. de, Kurs i allmän lingvistik, Lund 1970 s. 95 ff.

[13] Jfr Saussure, a.a. s. 97: ”[Ordet] är omotiverat, dvs. godtyckligt i förhållande till innehållet, som det inte har någon naturlig förbindelse med.”

[14] Jag parafraserar Wittgenstein, men vill hänvisa till Hansson, M., Kollektivavtalsrätten. En rättsvetenskaplig berättelse, Uppsala 2010 s. 133 f. n. 411 och s. 419 f. Jfr Douzinas, C., Goodrich, P., Hachamovitch, Y., Introduction, Douzinas, C., Goodrich, P., Hachamovitch, Y. (eds.), Politics, postmodernity and critical legal studies, London-New York 1994 s. 26: ”[I]t is to [Kant's] third critique, the *Critique of Judgement* [that we must look for a theory of legality]. Legality [belongs] to the aesthetic order. There is a validity to aesthetic judgements, but it is founded upon feeling not upon concepts. It is the legality of the felt which puts into play a subjective attachment to a particular order and organization of

Juridiken är en levd praktik, som inte sätts ur spel av teoretiskt tvivel – den i bred mening rättsrealistiska kritiken (säg, den kritik som utgår från iakttagelsen att formerna går på tomgång) har visserligen haft stor betydelse för den rättsliga argumentationens utformning, särskilt här i Norden, men detta *positiva* bidrag falsifierar ju inte verksamheten, utan bekräftar snarare att den är meningsfull. Juridiken är inte statisk utan förändras i samspel med kulturen i övrigt.

Vill man åt substansen, måste man se till användningen, och den specifika kontexten. En sak kan man dock ta med sig: Argumenterar man *som om* slutsatsen var given med formen – vilket den alltså aldrig är – så har man retoriska och teoretiska problem. Man har att visa varför vi just denna gång skulle föredra regel framför skön, eller tvärtom – inte minst inför sig själv, och att försöka göra det är, tror jag, en god tankevana.

Jag går till mig själv. Som alla andra jurister anser jag i vissa sammanhang att större utrymme bör ges åt rättstillämparens skön, medan jag i andra sammanhang föredrar en mer formaliserad bedömning. Skillnaden oss emellan ligger i vilka sammanhang vi intar respektive ståndpunkt och på vilka grunder.

Det är till exempel min mycket bestämda uppfattning att de flesta nordiska jurister som skriver om tolkning överbetonar tolkningsförfarandets regelmässighet.[15] Det gäller inte bara tolkning av rättshandlingar på förmögenhetsrättens område,[16] utan generellt. Min ståndpunkt här vilar på teoretiska övertygelser gällande språkets och rättens beskaffenhet. Ett

---

experience. […] It is as an art that law can account for common experience, for 'legality without concepts', for a conformity to law without law." Det stämmer nästan, om vi ska hålla oss till hur Kant ska läsas och vad man kan lära sig av det. Juridik är juridik, inte estetik, men juridiken är *som* estetiken, i den meningen att det juridiska omdömet lika litet som det estetiska kan grundas i abstrakta begrepp. Därmed inte sagt att vi klarar oss utan begreppen – det generella, "lagen". Poängen gäller vad ett generellt begrepp överhuvudtaget är och kan vara, och med den insikten hittar man verkligen ut ur den postmoderna labyrint som cls förirrade sig in i strax innan rörelsen självdog; se härtill t.ex. Desautels-Stein, J., The Jurisprudence of Style. A Structuralist History of American Pragmatism and Liberal Legal Thought, Cambridge 2018 s. 61 ff.

[15] Se senast Adlercreutz, A.–Gorton, L.–Svensson, O., Avtalsrätt II. Tolkning och utfyllning av avtal, 7 uppl., Lund 2024; jfr dock Elvevold, Om avtaletolkningens vesen, Oslo 2023.

[16] Även om, som C. Ramberg skriver: "Alla som har analyserat hur det går till att fastställa avtals innehåll är mer eller mindre överens om att det är omöjligt att förklara med en logisk eller hierarkisk metod och samtidigt ge en rättvisande bild av verkligheten."; C.

omdöme är inte juridiskt om det inte gäller tillämpningen av, och i denna mening innehållet i, en rättsligt relevant norm. Varje försök att därutöver binda omdömet, och alltså att underkasta det en *annan* regel, innebär med nödvändighet att innebörden störs ut – det blir ingen tolkning alls, och ingen juridik. När de tolkar gäller också för juristerna att de måste försöka höra, bara det, som faktiskt sägs där, i texten.[17] Man kan tro att man tillämpar tolkningsregler, men det är en illusion. I all korthet.[18]

När det däremot gäller till exempel relationen mellan generalklausulen i 36 § avtalslagen och övriga normer om rättshandlingars ogiltighet och overksamhet så vänder jag mig mot tendensen att anse det ”modernt”, och därmed rekommendabelt, att låta den förra efterhand så att säga svälja de senare. När till exempel HD i NJA 2017 s. 113 – med hänvisning bland annat till behovet av en mer flexibel tillämpning, anpassad efter förhållandena i det enskilda fallet – landar i att ”frågan om en ansvarsbegränsning kan godtas numera i princip [bör] bedömas enligt 36 § avtalslagen” ter det sig i mina ögon lite … klåfingrigt. Skulle inte de särskilda normer som utbildats för att adressera det specifika fall vi har framför oss, och som alltså är särskilt anpassade till detta, leda till slutsatsen att rättshandlingen ifråga ska frånkännas verkan, så återstår ändå alltid frågan om rättshandlingen ska jämkas (*lex specialis derogat legi generali*). Ingenting är vunnet genom att det första ledet i den proceduren förkortas bort. Flexibiliteten finns där ändå, när den behövs. Däremot förlorar vi i precision genom att gå rakt på jämkningsbedömningen, och är tanken att efterhand utveckla riktlinjer för typfallen inom ramen för denna bedömning (friskrivningar, förutsättningsfel, pacta turpia etc.) så innebär det en onödig omgång – onödig och kostsam, för den tradition som ska ersättas är *rik*.[19]

När saken inte angår mig – som i fallet med rörelsen bort från *Irma Mignon*-formeln i Høyesteretts praxis – vet jag inte hur jag ska ställa mig. Mot bakgrund av det ovanstående har jag dock två synpunkter på Korsnes text:

Ramberg–J. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 12 uppl., Stockholm 2022 s. 170. Själv hör C. Ramberg till dem som betonar det skönsmässiga i tolkningsprocessen.

[17] Parafras på Heidegger, M., Einführung in die Metaphysik, 6. Aufl., Tübingen 1998 s. 112.

[18] I sammanhanget måste jag nöja mig med rena formler; jfr ovan s. 505.

[19] Jfr O. Mossberg, JT 2023–24 s. 95 n. 88.

1. Med tanke på att den rörelse från skön till regel som Korsnes beskriver inte rättfärdigar sig själv kan frågan ställas om mer behöver sägas till försvar för denna rörelse, om den alls ska försvaras.

2. Det gäller, i texten, dels en övergång från en abstrakt princip till en uppsättning mer konkreta rättsregler, dels ett metodologiskt skifte – från en individualiserande metod till en regelorienterad. Jag undrar hur dessa två aspekter förhåller sig till varandra, särskilt som det brukar hävdas att den juridiska metoden inte *kan* återföras på rättsregler (se till exempel strax ovan) – Savigny själv hör till dem som velat inskärpa detta. Är den moderna internationella privaträttens lagvalsregler metodregler – logiskt på samma nivå som Savignys *canones* eller de nationellrättsliga avtalstolkningslärorna – eller rör det sig om rättsregler *stricto sensu*? Det gör skillnad. I det förra fallet fungerar till exempel inte förutsebarhetsargumentet särskilt väl.