

# Jura novit curia och advokaternas oro för överraskande rättstillämpning\*

JAN KLEINEMAN\*\*

Ibland får man ta sig friheten att publicera något som ligger en bit bort från den huvudväg där man bedrivit sin huvudsakliga verksamhet. Jag har alltid intresserat mig för samspelet mellan de processuella reglerna och den materiella förmögenhetsrättens regler eftersom en förutsättning för en god tillämpning av de senare förutsätter en god tillämpning även av de förra.

För några år sedan publicerade jag således en artikel om principen *jura novit curia*.<sup>1</sup> Det var vid en tidpunkt då intresset för detta ämne inte var lika stort som det förefaller vara numera.<sup>2</sup> Medan det tidigare synes ha rönt stor samstämmighet kring frågan om allmän domstols rätt att *på åberopade och styrkta rättsfakta* tillämpa den rättsregel som man funnit relevant, har numera allt oftare hävdats principen om skyldighet för domstolarna att först kommunicera den frågan med parternas ombud och således möjliggöra för dem att ifrågasätta vad som eljest skulle kunna utgöra en *överraskande rättstillämpning*. Det tycks också som om detta påpekade skulle befinna sig i något slags motsatsförhållande till *jura novit curia* eller att tillämpningen av denna princip alltid förutsätter en så omfattande kommunikation med

\* Tidigare publicerats i Banakar, Reza m.fl. (red.), Festskrift till Håkan Hydén, Juristförlaget i Lund, Lund, 2018, s. 341 ff.

\*\* Professor i civilrätt vid Juridiska fakulteten, Stockholms universitet, verksam vid Stockholm Centre for Commercial Law. Tillika ordförande för det vetenskapliga rådet vid Stockholm Centre for Commercial Law.

<sup>1</sup> Se Kleineman, Principen *Jura novit curia* – särskilt i skiljeförfaranden s. 93 ff. i Vänbok till Bertil Södermark.

<sup>2</sup> Se t.ex. Eric Runesson, *Jura novit curia and due process with particular regard to Arbitration in Sweden*. JT 2017–18 s. 172 ff. samt Danielsson K-E, Något om åberopande i skiljeförfarande, i Festskrift till Lars Pehrson (2016), a.a. s. 99 ff. Vidare kan noteras en spännande rätthistorisk doktorsavhandling som utifrån den historiska utvecklingen av *gällande rätt* begreppet analyserar *jura novit curia* problematiken, Adam Croon, *Jura novit curia – en rättsgenetisk undersökning av den juridiska metodlärans utveckling under 1800-talet*, 2017.

parterna att den rättsregel som domstolen haft i åtanke alltid skulle kunna ”motbevisas” av den tappande parten bara den fick möjlighet därtill.

Samma sak skulle då – *a fortiori* – gälla även i skiljeförfarande och detta oberoende av om fråga är om ett nationellt eller ett internationellt förfarande. Innebörden av och konsekvenserna av dessa tankegångar har emellertid blivit föremål för begränsad uppmärksamhet. Av det sagda behöver ju nödvändigtvis inte följa ett övergivande av principen om *jura novit curia* eller att iakttagande av denna ”kommunikativa” omsorgsplikt mot parterna ens står i något motsatsförhållande till principen *jura novit curia*.

Till det sagda bör även fogas de nya reglerna som antagits av Stockholms handelskammarens skiljedomsinstitut<sup>3</sup> som av vissa tydligen tolkats som en på kontraktsåtagande grundad princip om parternas skyldighet att åberopa relevanta rättsregler. I den engelskspråkiga versionen av de nya reglerna som trädde i kraft 2017 ges i *art 29* (1) en regel som innefattar en viss skyldighet att i legala termer beskriva sitt anspråk<sup>4</sup> men regeln uttrycks olika i den engelskspråkiga varianten – som har tolkningsföreträdare – och den svenska.<sup>5</sup> Tanken att SCC under rubriken ”*written submissions*”<sup>6</sup> skulle ha gjort en kontraktuell avvikelse från gällande svensk processrätt med en så allmän formulering som den valda och som dessutom på svenska beskrivs som *grunder* och inte rättsregler framstår inte som en rimlig tolkning och vad som föreskrives är ju enbart en skyldighet att ange den legala grunden för anspråket. Självfallet måste en part kunna beskriva att det t.ex. förelegat ett avtal i form av ett köp, att motparten begått kontraktsbrott och att det måhända bestrids att reklamation skett för sent. Att beskriva sina anspråk i elementära rättsliga termer är emellertid något helt annat än att uppställa ett krav på åberopande av tillämpliga rättsregler. Det är en given om än hårfin skillnad.

<sup>3</sup> Se SCC.

<sup>4</sup> “Within the period determined by the Arbitral Tribunal, the Claimant shall submit a Statement of Claim which shall include, unless previously submitted:  
(i) the specific relief sought;  
(ii) *the factual and legal basis the Claimant relies on*; and  
(iii) any evidence the Claimant relies on.”

<sup>5</sup> ”Käranden ska inom den tid som skiljenämnden bestämmer inge ett käromål som, om sådana uppgifter inte redan har lämnats, ska innehålla:  
(i) preciserade yrkanden,  
(ii) de omständigheter och *grunder* som käranden åberopar”  
(iii) den bevisning som käranden åberopar.

<sup>6</sup> I den svenska översättningen ”skriftliga inlagor”.

Man får naturligtvis utgå från – som en given premis för varje rättsligt förfarande – att domare och skiljemän bör och gör allt vad som står dem till buds för att *undvika allt som kan framstå som överraskande för parterna* och deras ombud. Vad gäller rättstillämpning får man emellertid också utgå från ett måhända cyniskt faktum att det relativt ofta blir slutresultatet som framstår som överraskande för den förlorande parten genom att utgången blev ogynnsam för denne. För ombuden kanske graden av överraskning varierar, men skyldigheten att dela den känslan av att ha blivit missförstådd eller utsatt för en rentav felaktig rättstillämpning av domarna skall inte underskattas. Det handlar väl om vad som närmast kan beskrivas som ett rättsligt ombuds *terapeutiska uppgift*.

I de allra flesta fall utgör säkerligen inte *jura novit curia* frågan något särskilt stort rättsligt problem i den vanliga domstols- eller skiljeprocessen, men den förekommer såväl i refererad praxis som i de flesta ombuds erfarenhetsbank.<sup>7</sup> Det hindrar inte att en förändring av det hittills rådande synsättet skulle kunna leda fram till betydande olägenheter i form av ett ökat klander i skiljeförfaranden med ty åtföljande osäkerhet och vidlyftiga besvär över påstådd domvilla i domstolstvister. Det är min givna utgångspunkt att vikten av ombudens förutsebarhet vid val av rättsliga lösningar måste nogt vägas mot vikten av stabilitet i respekten för lagakraftvunna avgöranden och frågan om parternas befogade intresse av att inte överraskas av oväntad rättslig argumentation måste ställas mot rättskipningens grundläggande karaktär. Framförallt menar jag att parterna i civilprocesser i längden har föga att vinna på att ombuden ges möjlighet att förlänga avslutade tvistemål genom allehanda påståenden om behörighetsöverskridanden från domarnas sida genom tillämpning av en rättsregel som aldrig fördes på tal under tvisten.<sup>8</sup>

I normalfallet besitter parterna säkerligen bättre kunskaper i gällande rätt än vad t.ex. underrätterna idag gör åtminstone är ombuden ofta väl förberedda medan underrättsdomarna inte anser sig ha tid att studera gällande

<sup>7</sup> Frågan har varit uppe på ett flertal av våra konferenser kring ämnet och när jag haft seminarier på olika skiljemannasammanslutningar har jag ofta fått denna iakttagelse bekräftad.

<sup>8</sup> Här bör särskilt uppmärksammas det förhållandet att de flesta *jura novit curia* slutsatser inte är kontroversiella genom att domstolen utgår från en rad rättsliga premisser under tvistens gång. Enbart det faktum att käranden inte bestred att avtal är bindande kan inte tas till intäkt för att domstolen inte inhämtade besked från den part som litat på denna rättsliga premis skapat någon form av överraskande rättstillämpning genom att domstolen/nämnden tog detta för givet. Se här min diskussion om "*rättsliga raster*" i den i not ett nämnda artikeln.

rätt.<sup>9</sup> Jag möter ofta påstående om *domstolarnas bristande tid och intresse* från ombud som önskar s.k. sakkunnigutlåtande där jag invänt att vad de efterfrågar egentligen är en rättslig utsaga som är eller i vart fall borde vara en tämligen okontroversiell fråga, men där oron över underrätternas bristande insikter och även vilja att skaffa sig sådana insikter motiverar utredningsbehovet kring gällande rätt snarare än att rättsläget skulle vara oklart. Behovet av klarläggande rättsutredningar utgör emellertid i sig inte något skäl för att varken inskränka domstolarnas plikt eller deras rätt att tillämpa gällande rätt.

När det däremot gäller risken att skiljemän skulle tillåta sig överraskande rättsliga bedömningar genom att "missbruka" principen *jura novit curia* har jag inga exempel på detta. De fall då frågan ställs på sin spets förefaller oftare vara exempel på märkliga misstag begångna av ombud som helt enkelt missat grundläggande rättsliga egenskaper hos de faktiska förhållanden som visats föreligga.

*Det klassiska exemplet* för mig rör förhållandet mellan ersättning för ren förmögenhetsskada och obehörig vinst. Medan det finns tämligen klara principer för när utomobligatorisk ren förmögenhetsskada ersätts, så är rättsläget beträffande obehörig vinst närmast den att sådan skada kan ersättas men att det inte finns någon allmän princip knuten till begreppet obehörig vinst eftersom detta begrepp är alltför otydligt för att ge upphov till en klar rättsregel.<sup>10</sup> Frågan ställdes på sin spets i rättsfallet NJA 1993 s. 13 – det avgörandet och även de här nedan i övrigt berörda finns redan behandlade i min uppsats i Vänbok till Bertil Södermark<sup>11</sup> men måste i korthet beröras även här av framställningstekniska skäl – där som framgår av rubriken frå-

<sup>9</sup> Ett av de mer anmärkningsvärda fallen som jag själv var del av var frågan om framväxten av det första stora prejudikatet avseende revisorers ansvar mot tredje man. I Stockholms tingsrätt uttalade således domstolen följande: "I praxis synes frågan om begränsning av gruppen annan skadelidande tredje man inte ha varit föremål för prövning. Det finns mot nu angiven bakgrund inte skäl att tolka "någon annan" i 29 kap. 1 § första stycket ABL restriktivt." Istället för att försöka göra en rättslig analys av en av de formidabelt stora skadestandsfrågorna i den komparativa rätten nöjer sig domstolen med att bestämma sig för en ståndpunkt som inte ens är rättsligt motiverad. Behovet av rättsutredningar ingivna av parterna framstår som oändligt, men om underrätterna inte förstår att även de är *rättskapande* när de dömer på områden där praxis saknas framstår kunskapen om rättstillämpningens dynamiska faktorer som minst sagt obefintlig. Här valde emellertid Högsta domstolen att ge uttömmande besked om rättsläget och som – knappast oväntat – ledde fram till helt andra slutsatser än vad tingsrätten kommit fram till med sina knappa domskäl. Se NJA 2014 s. 272.

<sup>10</sup> Se här min uppsats *Obehörig vinst och vårt behov av rättsliga tvångströjor* i TFR 2014 s. 531 ff.

<sup>11</sup> Se ovan not 1.

gan gällde ett lokalhyresavtal som hade upphört valde en underhyresgäst att kvarstanna i lokalerna utan stöd i något avtal med fastighetsägaren. Underhyresgästens faktiska nyttjande ansågs grunda skyldighet att utge ersättning till fastighetsägaren motsvarande skälig hyra för lokalerna. Fastighetsägarens talan om ersättning grundade sig emellertid på det obehöriga nyttjandet och talan kunde då bifallas på denna grund utan hinder av att fastighetsägaren påstått att nyttjandet innefattat brott och yrkat skadestånd endast enligt 2 kap. 4 § skadeståndslagen.

HD noterar i den för tiden sedvanliga korta domen att den förmente skadevällaren inte kunde *”läggas till last att ha begått något av de påstådda brotten, varför...talan inte [kunde] bifallas enligt 2 kap. 4 § skadeståndslagen.”* Istället anförde domstolen följande:

”Inom processrätten gäller som en princip att en domstol har att tillämpa den adekvata rättsregeln på de av parten som grund för talan åberopade omständigheterna, även om parten inte hänfört sig till rättsregeln i fråga (se t.ex. NJA 1989 s. 614). Sedan parterna genom särskilt beslut beretts tillfälle att yttra sig i frågan om skadeståndsskyldighet kan åläggas Auto-West, även om något brottsligt handlande inte förekommit, har därför HD nu att pröva, om talan kan bifallas på grund av de av B.R. åberopade objektiva omständigheterna oberoende av om Auto-Wests företrädare gjort sig skyldig till brott.”

Utän att uttryckligen bruka uttrycket obehörig vinst noterar domstolen att den förmente skadevällaren utan stöd i något avtal med fastighetsägaren hade nyttjat dennes lokaler och hade därmed ådragit sig skyldighet att ersätta denne motsvarande skälig hyra för lokalerna. I det i målet av HD åberopade avgörandet NJA 1989 s. 614 hade man på samma sätt nått fram till ett som man måste ha uppfattat saken materiellt tillfredställande slut även där med jura novit curia argumentation. Ett längre uttalande av JustR Lind kom sedan att åberopas av HD även i NJA 1999 s. 629. Lind uttalade ju där först generellt beträffande principen följande:

”Vid avgörandet av dispositiva tvistemål gäller den s.k. dispositionsprincipen som innebär bl.a. att rätten inte får grunda sin dom på en omständighet, som part inte har åberopat till grund för sin talan (17 kap. 3 § RB). Det finns däremot inte någon regel som på motsvarande sätt binder domstolen till de lagrum eller andra rättsregler som part har åberopat i målet. I stället antyds i 35 kap. 2 § 2 st. RB att någon sådan bundenhet inte gäller genom att i det stycket bl.a. föreskrivs att det inte fordras något bevis om vad lag stadgar. Det är också sedan länge vedertaget att domstolen även i dispositiva tvistemål är skyldig att tillämpa den adekvata rätts-

regeln oavsett om part har åberopat den eller ej (Boman, Åberopande och åberopsbörda i dispositiva tvistemål s. 48, Ekelöf, Materiell processledning i under rätt, Rättegången i arbetstvister, s. 279 ff., Rättegång I, 1980, s. 39 o. 49 f., och Rättegång IV, 1982, s. 194 f., Gärde, Nya Rättegångsbalken s. 477, Olivecrona, Rätt och dom, andra uppl. s. 218 f., rättegångsutredningen i SOU 1982:26, s. 126 samt Westberg, Domstols officialprövning s. 326 ff. och s. 507 ff.).”

Lind klargjorde också att den s.k. dispositionsprincipen inte gäller vad avser rättsregler utan uttalade för sin del därvid följande:

”En annan sak är hur domstolen bör förfara rent handläggningssmässigt när den upptäcker, att någon rättsregel som parterna inte berört kan ha betydelse i målet. Det kan säkert ofta vara påkallat att rätten som ett slags utflöde av sin materiella processledning fäster parternas uppmärksamhet på frågan. Vad som uttalats om rättens materiella processledning i tvistemål i samband med de år 1987 beslutade ändringarna i bl.a. 42 kap. 8 § och 43 kap. 4 § RB torde kunna tjäna som viss vägledning även för den nu behandlade frågeställningen (jfr Westberg, a.a., s. 340 f. samt Lindell, Partsautonomins gränser s. 38 ff.). Det kan enligt min mening i varje fall inte antas vara en ovillkorlig skyldighet för domstolen att påpeka för parterna, att en annan rättsregel än den parterna hänfört sig till kan få betydelse i målet. Domstolen måste på den punkten ha handlingsfrihet beroende på det enskilda målets och den enskilda situationens karaktär (jfr prop. 1986/87:89 s. 105). Av betydelse blir självfallet också processekonomiska överväganden. Om rätten sålunda först vid överläggningen till dom upptäcker att en annan rättsregel än den parterna hänfört sig till har betydelse i målet, måste domstolen ofta ha rätt att tillämpa den rättsregeln utan att ställa saken i sådana vidlyftigheter som en ny eller fortsatt huvudförhandling skulle innebära. Den nya regeln i 43 kap. 14 § andra meningen RB om komplettering av utredningen efter huvudförhandlingen torde i allmänhet knappast kunna användas analogt i de nu åsyftade situationerna (jfr prop. 1986/87:89 s. 225).”

Det framstod således redan här som om *kommunikationsprincipen* d.v.s. principen att försöka föra in parterna på den relevanta rättsliga principen är *en fakultativ lämplighetsfråga* för hur domstolen bör handlägga problemet när det timat. Linds ståndpunkt bekräftades av HD i just NJA 1999 s. 629. HD uttalade därvid följande:

”Sydkraft har dessutom anfört, att kommunikation med parterna i rättstillämpningsfrågan alltid skall ske om det i domstolen framkommer nya rättsliga synpunkter som inte varit föremål för parternas processföring. Sydkraft har i detta sammanhang särskilt åberopat att bolaget i en skrift inför huvudförhandlingen

i HD uttryckligen påpekat att bolaget uppfattade Skandias talan så att Skandia inte till stöd för sin talan åberopade förekomsten av branschpraxis. När en domstol överväger att tillämpa en rättsregel som inte varit på tal under rättegången, är det ofta lämpligt att domstolen fäster parternas uppmärksamhet på rättsregeln (se t.ex. Fitger, Rättegångsbalken s. 42:29 ff. samt rättsfallen NJA 1993 s. 13 och 1996 s. 52). Ett åsidosättande av denna i lagen inte omnämnda handlingsnorm innebär emellertid inte utan vidare ett rättegångsfel (se NJA 1989 s. 614 med tillägg av JustR Lind).”

Ett än mer märkligt fall är NJA 1996 s. 224 som gällde frågan om en revisor i ett aktiebolag hade en skyldighet enligt de då gällande bestämmelserna i 15 kap. 2 § jämförd med 1 § aktiebolagslagen att utge skadestånd till en bank genom att denne hade medverkat till en vilseledande värdering av bolagets tillgångar, vilken befunnits ha påverkat kreditgivning. I underrätterna hade den skadelidande banken emellertid även åberopat ett ansvar på allmän skadeståndsrättslig grund eftersom revisorn ju faktiskt hade vilselett banken genom att medverka vid framställan om begäran om av ett kreditavtal, genom att då presentera inför banken sådant material som han tidigare granskat som revisor.

Av skäl som framstår som således ytterst märkliga anför bolaget i HD att banken *”där frånträtt sitt alternativt framförda påstående att det föreligger skadeståndsansvar enligt allmänna skadeståndsrättsliga grundsatser.”* Varför i all världen väljer banken att uttala att för det fall, talan skulle kunna bifallas på allmän skadeståndsrättslig grund, man då inte önskar erhålla något skadestånd, utan blott om HD anser att revisorn var ansvarig enligt reglerna i ABL? Frågan blev uppenbarligen ett dilemma för HD som ju först tvingades konstatera att det utgjorde en förutsättning för att *”revisorn”* skall vara ersättningsskyldig gentemot banken enligt 15 kap. 2 § jämförd med 1 § aktiebolagslagen *”att han överträtt denna lag.”* Man fann därvid att den bestämmelse i aktiebolagslagen som därvid var *”av särskilt intresse”*<sup>12</sup> skulle vara 10 kap. 7 §, där det ju föreskrevs att en revisor skulle *”i den omfattning god revisionssed bjuder granska bolagets årsredovisning jämte räkenskaperna samt styrelsens och verkställande direktörens förvaltning.”*

Vad som emellertid nu hade lagts honom till last var ju hans medverkan närmast då i form av det biträde han lämnat med avseende på omstrukturer-

<sup>12</sup> Detta uttryck förekommer numera förvånansvärt ofta utan att det egentligen kan sägas vara begripligt varför en regel är av särskilt intresse om den inte har ett prejudikatvärde och om så är fallet är det väl av vikt att framhäva just den egenskapen?

reringen av klientbolaget och överlåtelsen av dess tillgångar vilket i vart fall ”i viss mån gått utöver hans egentliga åligganden som revisor”, men det bedömdes inte vara något problem, eftersom det var ”i hans egenskap av revisor som bolagsledningen anlitat honom för att biträda vid bolagsrekonstruktionen”. Med den manövern finner HD att hans ”handlande...därför [bör] hänföras till sådana åtgärder med avseende på förvaltningen som avses i 10 kap. 7 § aktiebolagslagen”. Trots att det klandervärda förfarande som en revisor kan göra sig skyldig till t.ex. genom att vilseleda en bank i samband med en bolagsrekonstruktion inte är något som omfattas av hans uppdrag enligt ABL, så skulle detta förfarande tydligen likväl kunna anses vara i strid med *god revisionssed* trots att det rimligen istället måste vara något som är i strid mot *god revisors-sed* och om man därvid vilseleder klients motpart d.v.s. i detta fall vilseleder den kreditgivande banken så föreligger ett ansvar på allmän skadeståndsrättslig grund. Med en tämligen ansträngd argumentation anser sig likväl HD kunna pressa in detta ansvar inom ramen för det bolagsrättsliga ansvaret. Om nu HD inte hade gjort detta, hade då talan ogillats eftersom banken frånföll frågan om eventuellt ansvar på allmän skadeståndsrättslig grund?

Någon anledning för ett ombud att i ett fall som det föreliggande avstå från att erhålla skadestånd på allmän skadeståndsrättslig grund om det nu hade varit den rätta vägen, vilket det rimligen hade varit och som HD faktiskt konstaterar, när man påpekar att han orsakat skadan genom att vilseleda banken i samband med sitt arbete med bolagskonstruktionen och inte som läsare av en reviderad årsredovisning, finns emellertid inte. Varför gör man då det? Enligt min förmenade talar det hela mest för en sammanblandning mellan dispositionsprincipens relevans vid åberopande av rätts- och bevisfakta och parts möjlighet att plädera med rättsliga argument. *Vi har här således flera exempel på ombudsmisstag som initierar frågan om tillämpning av principen jura novit curia.* Det finns ju ingen anledning att fränkänna domstolen en möjlighet att pröva den rättsliga frågan utifrån en princip och det finns naturligtvis inte heller någon anledning att fråntaga domstolen den möjligheten och frågan är med utgångspunkt i just *jura novit curia* principen om man kan det. Skall avsaknaden av dispositionsrätt likväl tolkas så att den skadelidande hellre avstår från rätt till ersättning än erhåller den med en princip som man själv inte tilltror relevansens av?<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Med den utgångspunkten har i så fall utgången inte något med *jura novit curia* att göra utan handlar om att en part disponerar över frågan om bifall till talan även i det hänseendet att man kan reservera sig mot bifall om den inte kan erhållas på visst angivet sätt. Kan



Vi är då framme vid den senaste men troligen inte den sista omgången av rättsliga prövningar, nämligen det s.k. emissionsgarantifallet. Det skulle föra för långt att gå in på den rättsliga bedömningens alla frågor som det falllet initierade, men det kan här räcka med att notera att redan i rubriken till NJA 2016 s. 107 anger HD vad man anser att man hade att svara på. Det framgår där att under den förutsättningen ”att ett avtal om s.k. emissionsgaranti är skriftligt och garanten vid avtalets ingående har tillgång till adekvat information om nyemissionens villkor och förutsättningar, är avtalet rättsligt bindande i den meningen att avtalsbrott kan grunda skadeståndsansvar.” Ser man emellertid till vad som anges i det kortfattade referatet till tingsrättsdomen anges där följande: *”Det är i målen inte fråga om någon skadeståndstalan”* vilket föranledde att förlorande part sökte resning och HD uttalade då i resningsmålet att det *”får anses ha funnits utrymme för olika uppfattningar om faktiska omständigheter som ingick i händelseförloppet konstituerade rättsfakta som kunde leda till ett bifall av Trygghetsbolagets talan, och huruvida dessa omständigheter i så fall hade åberopats på det sätt som krävs”*. Först hade talan om besvär över domvilla förts i HD men inte medfört någon ändring av HD:s tidigare bedömning och därefter utnyttjades möjligheten till resning<sup>14</sup> och härvid uttalade HD följande:

”Även om det är en domstols uppgift att uttolka rätten och – inte minst när det gäller Högsta domstolen som prejudikatinstans – också utveckla den, har det funnits anledning att låta parterna framföra sin uppfattning om hur Högsta domstolen ansåg att Trygghetsbolagets talan kunde uttryckas och över de följdfrågor som det kunde ge upphov till. Parterna hade då kunnat yttra sig över faktiska förhållanden i saken som kom att hamna i nytt ljus, fästa rättens uppmärksamhet på förhållanden som kunde ha medfört att rättsregeln inte skulle ha varit tillämplig och även i övrigt framföra argument för sin sak med utgångspunkt från Högsta domstolens syn på Trygghetsbolagets talan och de frågor som synsättet föranledde.”

Även ett ytterligare tillägg görs nämligen rörande den centrala frågan om betydelsen av den processrättsliga grundsats som brukar betecknas som den kontradiktoriska principen:

tänkas fall då det skulle kunna finnas försäkringsrättsliga skäl till detta men det förefaller likväl inte ha varit fallet här.

<sup>14</sup> Se Ö 5886-16 om resning av beslutet i domvillomålet, beslut den 19 april 2017.

”Den kontradiktoriska principen är en grundläggande rättssäkerhetsgaranti som innefattas i såväl Europakonventionens artikel 6.1 som regeringsformens krav på en rättvis rättegång (2 kap. 11 § andra stycket). Utmärkande för ett kontradiktoriskt förfarande är bl.a. att parterna har haft möjlighet att argumentera och föra bevisning för sin sak, vilket främjar en materiellt riktig utgång och tilltron till det rättsliga förfarandet. I den kontradiktoriska principen kan även anses ligga att parterna inte utan att ha fått tillfälle att anföra synpunkter bör överraskas av rättsens uppfattning om vad tvisten har rört eller av att avgörandet bygger på omständigheter som inte har varit föremål för någon av parternas uppmärksamhet under processen (jfr bl.a. Hans Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, 5 uppl. 2015, s. 261 f.)”

I sin sammanfattning anger HD därför att även om ”parterna borde ha beretts tillfälle att yttra sig i tvistemålet medför emellertid inte att det automatiskt finns skäl för resning i domvilloärendet. Vad Högsta domstolen har att pröva i detta ärende är om rättstillämpningen i domvilloärendet – som alltså gällde en lagakraftvunnen dom – har varit uppenbart rättsstridig, dvs. har varit klart och oemotsägligt oriktig.” Den kontradiktoriska principen ansågs ”generellt utformad och lämnar visst utrymme för lämplighetsöverväganden i det enskilda fallet. Med hänsyn härtill kan det inte sägas att Högsta domstolens rättstillämpning i domvilloärendet har varit klart och oemotsägligt oriktig.”

HD går således längre än man hade gjort i det ovan berörda rättsfallet NJA 1999 s. 629 där man ju slagit fast lämplighetsgrundsatsen om kommunikation, men också påpekat att åsidosättandet av denna handlingsnorm inte utan vidare innebär något rättegångsfel. I resningsmålet<sup>15</sup> finner ju HD att det rör sig om betydligt fler frågor vad ”tvisten har rört” och om ”avgörandet bygger på omständigheter som inte har varit föremål för någon av parternas uppmärksamhet under processen” men då resningen begränsas till frågan om hanteringen av domvilloärendet och således inte den laga kraft vunna domen i emissionsgarantifrågan, så fann inte HD i resningsärendet av prövningen i domvilloärendet skulle ha innefattat rättstillämpning som hade ”varit klart och oemotsägligt oriktig.”

HD hade i domvilloprövningen hållit fast vid *jura novit curia* principen och den kritik som framställdes mot denna prövning i resningsärendet *var dock inte tillräcklig* för att HD i domvilloärendet i sådan grad brutit mot den kontradiktoriska principen att det förelåg grund för resning. Trots att

<sup>15</sup> Se ovan vid not 11.

den kritik som riktades mot HD:s handläggning i huvudmålet – NJA 2016 s. 107 – sträckte sig längre än att ha infört en icke åberopad rättsregel så gav den kontradiktoriska principens allmänna karaktär inte här utrymme för påstående om att det förelåg uppenbart rättsstridig rättstillämpning.

Med denna vidlyftiga prövning i HD i inte mindre än tre olika sammansättningar i förening med den än mer vidlyftiga rättsliga debatt som fördes under och efter prövningarna i HD måste det nu stå tämligen klart att den renodlade frågan om *jura novit curia* nu framstår som tydligt förankrad i svensk rätt.

Det kan inte förnekas att HD som upptäckte stora brister i revisionskärandens sätt att föra sin talan gick väldigt långt i att tolka vad man tydligen fann att denne måste ha ”menat” med sin illa utförda talan genom att bl.a. beskriva åberopade grunder som rättslig argumentering. Som påpekats av t.ex. Patrik Schöldström i SvJT<sup>16</sup> så tycks det först ha varit i HD som bristerna uppmärksammats eftersom underrätterna bestämt sig för att ogilla talan. HD uttryckte saken på följande sätt:

”Att Trygghetsbolaget i samband med sin rättsliga argumentering har formulerat det så, att garanterna ska ”teckna” det antal aktier som belöper på henne eller honom och betala däremot svarande ”teckningslikvid” kan inte förstås på något annat sätt [än att Trygghetsbolaget begär att garanterna ska lösa bolaget från vad fyllnadsteckningen resulterade i] bl.a. eftersom aktierna är utgivna och innehas av Trygghetsbolaget.”

De brister som uppmärksammades i HD var således så omfattande att de gick långt utöver vad rör vanlig *jura novit curia* problematik. Talan var så dåligt utförd att HD kanske borde ha valt att lägga fast den princip man gjorde och trots detta ogillat talan med hänsyn till de kraftiga processuella bristerna. I så fall hade liksom i 1996 års fall det hela förmodligen blivit en fråga om skadeståndsansvar för de inblandade advokaterna, men HD var synnerligen tillmötesgående när det gäller att tolka vad som var åberopade grunder, rättsfakta och rättslig argumentation och detta i syfte att få fram ett synnerligen viktigt prejudikat utan att samtidigt ha generat revisionskärandens ombud. Denna gissning kan emellertid så här i efterhand kanske framstå som alltför spekulativ.

<sup>16</sup> Se Schöldström, Patrik, ”Helgar ändamålet medlen?”, SvJT 2017 s. 142, och Lambertz, Göran, ”Processrätten i emissionsgarantimålet”, SvJT 2017 s. 334 och Schöldström SvJT 2017 Emissionsgarantidomen – processrätten och civilrätten s. 830 ff.

Att emellertid bifalla ett skadeståndsyrkande när det explicit angivits att fråga inte var om en skadeståndstalan retade inte bara framstående rättsvetare som Håstad utan även den tappande parten som valde att i likhet med 1999 års tappande part att söka besvär över domvilla. Den bifölls således lika lite som HD gjorde det i 1999 års fall, men beslutet framstår också som ovanligt knapphändigt motiverat. HD motiverade det hela visserligen ånyo med jura novit curia och det framhölls att det faktum att domstolen inte hade berett parterna tillfälle att framföra synpunkter rörande rättstillämpningen av andra rättsregler än de parterna hade hänfört sig till inte innebar förevaro av grovt rättegångsfel som kunde antas ha inverkat på målets utgång. Kommunikationsprincipen föreföll fortfarande inte vara tvingade, utan en lämplighetsregel.

Stormen fortsatte emellertid med ny kritik mot HD och den tappande parten valde då det extrema nämligen att söka resning över beslutet att inte medge besvär över domvilla. Hade man inte haft kraftigt stöd i en artikel av Håstad hade nog det hela framstått som något rättshaveristiskt.

HD går djupare in i resningsärendet på frågorna om betydelsen av att käranden hade angivit att fråga inte var om en skadeståndstalan men att utfallet blev en sådan prövning. Det anges att de *”faktiska omständigheterna som konstituerade garanternas avtalsbrott och därmed HD:s slutsats i den ursprungliga domen ”som en del i det händelseförlopp som ledde fram till Trygghetsbolagets fyllnadsteckning.”* Det hade därför funnits utrymme för olika uppfattningar om de faktiska omständigheter som ingick i händelseförloppet konstituerade rättsfakta som kunde leda till ett bifall och om dessa omständigheter i så fall hade åberopats på ett sätt som krävs. Vilket ledde till att i resningsärendet att slutsatsen var att bedömningen inte hade varit rättsstridig.<sup>17</sup>

Till skillnad från vad jag tyckt mig se i besvärärendet förefaller sammansättningen i resningsärendet lämna större utrymme åt den fakultativa kommunikationsregeln men i grunden går man inte längre än att vidhålla den sedan länge erkända principen om lämpligheten att kommunicera. Oklarheten i vad som konstituerar rättsfakta har givit HD ett betydande handlingsutrymme, som man utnyttjar för att säkerställa att tidigare bedömningar ligger fast även om det inte varit syftet.

<sup>17</sup> Även fråga vad som är att uppfatta som rättsfakta och åberopade omständigheter är ytterst även det en tolkningsfråga som måste avgöras av rena rättsliga bedömningar som ju även den domstolen disponerar över.

Frågan är då om något av det nu sagda ligger annorlunda till i skiljeförfaranden och om det därvid skulle vara någon skillnad mellan nationella och s.k. internationella förfaranden.

Man möter ofta föreställningen att utrymmet för *jura novit curia* skulle vara mindre i skiljeförfaranden eftersom parterna förväntas där vara oftast mer kvalificerade att utföra sin talan och kanske mest därför att det brukar anföras att principen inte gäller i internationella skiljeförfaranden och att detta skulle s.a.s. smitta av sig även på det närmast likartade nationella förfarandet och även därför att definitionen av vad som är ett internationellt förfarande är oklar i sig.

Jag menar att utgångspunkten för den rättsliga bedömningen enligt svensk rätt måste huvudsakligen vara densamma. Det föreligger enligt mitt förmenande inte en mer långtgående plikt att tillämpa allmänna rättsgrundsatser i allmän domstol än i skiljeföranden och detta synes ha bekräftats nyligen i en hovrättsdom från Hovrätten i västra Sverige. Så länge vi inte har ombudsmonopol i svensk processrätt och så länge man får antas behandla de grundläggande principerna huvudsakligen lika om inte uttryckliga eller underförstådda ändamålsskäl talar i annan riktning så bör inte det faktum att ombud i praktiken helt dominerar i skiljeförfarande leda till andra slutsatser. En part skall aldrig komma sämre ut enbart därför att de har ett dåligt ombud hellre än att utföra sin talan själv. Någon skyldighet för part att åberopa den rättsliga argumentering som skapar den begränsande premissen för den rättsliga prövningen kan då inte uppställas.

Låt oss nu avsluta frågan om skiljemännens plikt att rättsligt avgöra den föreliggande tvisten på ett sätt som enligt deras mening överensstämmer med deras upplevelse av att deras primära uppgift är att skipa materiell rättvisa utifrån vad parterna yrkat, angivit som rättsligt relevanta grunder och därvid åberopade och styrkta rättsligt relevanta fakta med några ytterligare iakttagelser.

Frågan är då hur den starkt rekommenderade och nästan som det numera verkar *kvasi-obligatoriska* kommunikationsprincipen som nu också fastslagits av HD skall praktiskt tillämpas. Det upprepas alltid att uppgiften är att undvika överraskande rättstillämpning och det bör göras genom att parterna skall ges tillfälle att närmare ge sina synpunkter på rättsligt relevanta reglers tillämplighet i det föreliggande fallet. Detta vet de flesta och man uppfyller därmed normalt sett mer än väl kraven på att uttömma motstridiga ståndpunkter vad gäller aktuella och i sammanhanget relevanta rättsregler, men

om skiljemännen trots allt når fram till att här kan föreligga behov av fördjupad rättslig dialog mellan parterna, hur skall då detta konkret tillgå?

I NJA 1993 s. 16 uttalade sig HD på följande sätt:

”Sedan parterna genom särskilt beslut beretts tillfälle att yttra sig i frågan om skadeståndsskyldighet kan åläggas Auto-West, även om något brottsligt handlande inte förekommit, har därför HD nu att pröva, om talan kan bifallas på grund av de av B.R. åberopade objektiva omständigheterna oberoende av om Auto-Wests företrädare gjort sig skyldig till brott.”

Man valde således att under själva den skriftliga handläggningen att låta parterna yttra sig om ansvar kunde åläggas även om ingen brottslig gärning förelåg och tydligen såg inte revisionskäranden något hinder mot att begära bifall till sin talan om de objektiva omständigheterna talar för detta vilket tydligen var startskottet för en rättslig analys i HD kring principerna för obehörig vinst. Märkligt nog innefattade frågan till parterna frågan om skadeståndsskyldighet men av själva prövningen framgår att såväl majoriteten som minoriteten då förvaltaren ”utan stöd i något avtal” hade nyttjat lokalerna hade man ”ådragit sig skyldighet att ersätta B.R. motsvarande skäligen hyra för lokalerna”.

Då det är själva det obehöriga nyttjande som medförde ersättningskyldighet för ”*skäligen hyra*” rör det sig ju inte ens om skadeståndsskyldighet eftersom det varken var påstått eller visat att fastighetsägaren hade förlorat intäkter och att det dessutom inte förefaller ha uppställts något sådant krav av HD. Obehörigt nyttjande av annans egendom torde ju dessutom vara ett av de okontroversiella fallen då ersättning för obehörig vinst sedan gammalt har ansetts kunna utgå.

Det finns i sådana här fall en påtaglig risk att den som ”drabbas” av motpartens bristande och domstolens mer aktiva rättsliga kreativitet uppfattar det som att den fantasilöse därmed få otillbörlig hjälp genom att själva väckandet av frågan så uppenbart visar att domstolen kommit på något i rättsligt hänseende som käranden inte beaktat och därmed kommer att beskyllas för att ha fört in något som parten själv borde ha åberopat. I NJA 1999 s. 629 påstod ju den tappande parten att HD ”förfarit i strid mot bestämmelsen i 55 kap. 13 § RB angående åberopande av ny omständighet i HD” vilket dock HD inte fann sig ha gjort sig skyldig till.

Önskemål för en sådan förfrågan oavsett om den sker under målets allmänna handläggning t.ex. vid skriftväxlingen mellan parterna eller vid pläderingen eller kanske inte framkommer förrän under domstolens eller

skiljenämndens överläggning är ju att initiera en dialog mellan parterna i en rättsfråga som rätten funnit förmodligen kan påverka utgången men som har förbisetts. Vilken relevans har då parternas reaktion på initiativet? Om käranden förstår det hela för man förmodligen in det hela på en dialog mellan parterna men om käranden inte förstår vad rätten är ute efter förblir det hela en knepig situation. Det kan ju också tänkas att käranden i den situationen blir osäker och börjar fara efter fel rättsfrågor men – klokt nog (?) – tillägger att ”det står rätten fritt att enligt jura novit curia principen välja den rättsregel som man funnit relevant och som leder till bifall till talan”.

Om framgång inte nås med den lösliga förfrågan som HD valde i NJA 1993 s. 16 innebär det att tillämpandet av kommunikationsprincipen inte i sig innefattar någon garanti mot överraskande rättstillämpning utan det kvarstår alltid en risk att rätten ”på grund av de av [käranden] åberopade objektiva omständigheterna” tvingas pröva saken i alla fall, eller skall rätten föra det hela ännu ett steg vidare och kanske själv säga att ”om det inte är brottslig gärning och inte heller föreligger skada, skall då saken prövas med stöd av t.ex. allmänna principer om obehörig vinst?” En sådan långtgående materiell processledning skulle säkerligen starkt irritera svaranden men skulle väl i vart fall starta den önskade diskussionen. Om emellertid käranden även i det läget inte förmår utföra en rimlig analys av det rättsligt relevanta läget skall då rätten likväl bifalla talan med stöd av jura novit curia? Det förefaller ju svårt att dra slutsatsen att ett misslyckat tillämpande av kommunikationsprincipen skulle exkludera jura novit curia principen.

Det hela visar att kommunikationsprincipen är en lämplighetsregel men den tillser inte att frågan om överraskande rättstillämpning därmed undviks och den står inte i något motsatsförhållande till jura novit curia principen. Ett förbiseende av kommunikationsprincipen bör därmed i sig inte kunna utgöra ett grovt rättegångsfel vilket torde – som framgår av praxis även är gällande rätt – inte medföra att det föreligger grund att göra gällande besvär över domvilla.

Det kan säkerligen med fog anföras att det finns nackdelar med jura novit curia principen särskilt om starka ombud har att tampas med svaga underrettsdomare vilket dessvärre är en uppfattning jag numera ofta möter bland framstående advokater. En vilja att då göra det lätt för sig genom att tillgripa en rättsregel för att göra det lätt för sig kan kanske vara en frestelse och modet kan kanske öka med bristande kunskaper i svår förmögenhetsrätt.

Dessa betänkligheter kan enligt mitt förmenande emellertid inte uppväga de problem som skulle uppstå om man övergav den historiskt givna princi-

pen och dess nära samband med principerna för vad som konstituerar gällande rätt och de rättsvårdande instansernas skyldighet att söka uppnå materiell rättvisa på angivet processuellt material. Risken för klander skulle öka eftersom frågan alltid skulle vara vilka rättsregler som måste åberopas som t.ex. inte bara omstridda rättsfrågor utan även sådana som parterna aldrig diskuterat men där vissa legala premisser betraktats som tämligen självklara. Hur skall en domare kunna bortse från att om båda parter argumenterar kring en rättsfråga och den ena gör det elegant och övertygande medan den andra gör det utan sådan retorisk talang men båda har fel man likväl har att döma i målet. Rättsutredningarna kan väl inte bli en retorisk tävling och en domare skall väl inte tvingas förtränga sådana på egna erfarenheter förvärvade insikter om gällande rätt för att därmed avgöra målet inom ramen för de rättsliga betingelser som parternas ombud tycks ha valt mer eller mindre godtyckligt.

Det sägs att engelsk rätt inte tillämpar *jura novit curia* och det kan ju i och för sig noteras att engelska domare är av tradition extremt materiellt processledande och då närmast interventionsbenägna när helst de tycker de skall gå in och det skulle ju kunna vara så, att en sådan domarteknik skapar föga behov av *jura novit curia*. Domaren leder diskussionen så att frågan om åberopsbörd framstår som mindre relevant än t.ex. i det svenska systemet som präglas av det motsatta förhållnings sättet med domare som säger så lite som möjligt i syfte att inte få sin opartiskhet och objektivitet ifrågasatt.

Slutligen ytterligare en grundläggande rättsdogmatisk fråga som skulle sättas på spel om man övergav *jura novit curia* principen, nämligen att om ombuden helt bestämde inte bara den rättsliga ramen vad gäller rätts- och bevisfakta för tvisten utan också ramen för tillämpliga rättsregler skulle ju detta hämma rättsutvecklingen. Sådana innovationer som vi konstant ser i våra prejudikatinstanser blev det då föga utrymme för eftersom ombuden skulle sätta gränserna för även prejudikatinstansens rättsliga argumentation.

Redan i det komparativrättsliga sammanhanget har jag ofta ställt frågan hur engelsk rätt – som ju inte bara karaktäriseras av starkt aktivistiska domare under själva tvisten utan ett rättssystem som har sina grundvalar i en domarskapad rätt – skulle ta avstånd från principen *jura novit curia*, om det nu inte är så, att den förra egenskapen räcker till även för att reducera ”problemet” till en kommentar inför parterna av den dominerande domaren när det behagar vederbörande.

På affärsrättens område dominerar i dag de ofta välutbildade och kunniga advokaterna på ett sådant sätt att svenska domare kommit i bakgrunden



genom sin traditionellt låga profil under processen. Det skall emellertid inte leda till att advokaterna skall sätta agendan för själva rättsskipningens syfte; att på korrekt åberopade och styrkta rättsfakta åstadkomma ett materiellt tillfredsställande resultat.

