

Hur skapas en allmän princip? Exemplet obehörig vinst

MÅRTEN SCHULTZ*

1. Inledning: Allmänna rättsprinciper i civilrätten

1.1 Obehörig vinst som allmän rättsprincip

Jan Kleinemans mäktiga rättsvetenskapliga produktion spänner över stora delar av civilrätten, även fält som ligger utanför huvudfåran. I den allmänna civilrätten finns det ett antal teman som i svensk rätt är litet svåra att fånga in, men som är självklara inslag i de flesta andra rättsordningar som brukar anses ligga nära till hands för komparativrättsliga jämförelser. Obehörig vinst är ett sådant tema. Och det är ett hett tema!

Obehörig vinst är föremål för ett tilltagande intresse.¹ Ämnet är samtidigt kontroversiellt. Det är inte kontroversiellt att det finns lagar och rättsregler

* Professor vid Juridiska fakulteten, Stockholms universitet. Jag vill särskilt tacka Leif Thorsson för värdefulla synpunkter på texten.

¹ Se för några äldre framställningar: Jan Hellner, Om obehörig vinst, Uppsala 1950, Hjalmar Karlgren, Obehörig vinst och värdeersättning, Norstedts 1982, Svante Bergström, Om vinstregler och vinstgrundsats, Svensk Juristtidning (SvJT) 1951, s. 247 ff., och Fritjof Lejman, Principen obehörig vinst i svensk lagstiftning, SvJT 1949 s. 641 ff. Se för några mer moderna, allmänna framställningar, Jan Kleineman, Obehörig vinst och frågan om vårt behov av rättsliga tvångströjor, i: Caroline Carlsson, Aron Verständig och Märten Schultz (red.) Stockholm Centre for Commercial Law, Årsbok V, Stockholm 2014, s. 133 ff., Claes Martinson, Det nordiska funktionalistiska angreppssättet och obehörig vinst: Dieselfallet, Juridisk Tidskrift (JT) 2019–20, s. 148 ff., ds. Är den nordiska rättskulturella tanketraditionen ofullgånngen? Tidsskrift for Rettsvitenskap (TfR) 2019, s. 209 ff., Jori Munukka, Är obehörig vinst en svensk rättsprincip?, Ny Juridik 2009 s. 26 ff., Marie Sandström, Obehörig vinst. Svensk privaträttsdogmatik mellan Skylla och Karybdis, Juridisk Publikation, 2017, s. 221 ff., Märten Schultz, Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten – Obehörig vinst rediviva, SvJT 2009 s. 946 ff. och ds., Obehörig vinst-motiveringar, SvJT 2012 s. 372–383. Temat har också tagits upp i specialcivilrätten, europarätten och ur ett skatterättsligt perspektiv, se Ulf Bernitz, Obehörig vinst genom angrepp på företagshemlighet, Nordiskt Immaterialrättsligt Rättsskydd (NIR) 2018, s. 561 ff., ds., Om rätt till ersättning för obehörig vinst – särskilt i europarättsligt och immaterialrättsligt perspektiv, Festskrift till Gertrud Lennander, Jure 2010 s. 15 ff., Patrik Elmblad och Claes Martinson, Funktionalism och beskattning av obehörig vinst, Skattenytt 2019, s. 16 ff., David Johansson, Skada och ersättning vid immaterialrättsliga

som explicit nämner obehörig vinst. Det är ett faktum. Det går inte heller att ifrågasätta att obehörig vinst emellanåt aktualiseras som ett rättspolitiskt argument för en viss lösning – som en motivering – eller som en beskrivning av en särskild form av ersättningsregel.

Kontroverserna handlar istället om huruvida det existerar en allmän obehörig vinst-princip, som en självständig rättsgrundsats, i svensk rätt.² Jan menar att det inte finns någon sådan princip. Jag hävdar motsatsen. I slutet av den här uppsatsen ska jag ge några nya argument för min inställning. Men innan det vill jag ta upp frågan vad det *betyder* att obehörig vinst är en egen rättsgrundsats. Det är frågan för denna framställning. Innan jag kommer fram till huvudfrågan inleder jag med ett sidospår och några teoretiska utflykter.

1.2 Knarklangare, tjuvar och allmänna rättsprinciper

Högsta domstolen hade i NJA 2008 s. 861, Knarklangaren, ett ovanligt renodlat principiellt spörsmål på sitt bord. En person hade tjänat pengar på kriminell verksamhet: han hade sålt narkotika. Det han hade intjänat – pengar i kontanter – tillgreps. Hade han rätt att få ersättning för värdet av egendomen, de stulna kontanterna, från den som tog pengarna?³

Tingsrätten skrev i sina domskäl att ”Den som blir frånstulen pengar eller annat som utgör utbyte av brott kan enligt tingsrättens mening inte ha rätt

intrång, Uppsala 2020, s. 62 f., s. 209 ff. och passim, Mårten Schultz, *Condictio indebiti* och obehörig vinst vid felaktiga antaganden om momssatser, *Svensk skattetidning* 2012, s. 576 ff. samt Jessica Östberg, *Styrelseledamöters lojalitetsplikt*, Stockholm 2016, s. 455 ff. Slutligen tas obehörig vinst med koppling till skadeståndsrätten upp i några framställningar: Håkan Andersson, *Ersättningsproblem i skadeståndsrätten*, Uppsala 2017, s. 171 ff. och passim, Mårten Schultz, *Restituerande skadestånd*, *Festskrift till Ronney Hagelberg*, Stockholm 2016, s. 249 ff. Listan är inte uttömmande.

² Jag använder uttrycken ”allmänna rättsprinciper” och ”allmänna rättsgrundsatser” som synonymier i denna text. I den svenska debatten används även ordet ”regel” för det som jag beskriver som ”princip” i obehörig vinst-sammanhanget, se f.f.a. NJA 2019 s. 23 som tas upp nedan. Det här kan nog skära i ögonen för den som intresserar sig för rättsteori, med hänsyn till den kända diskussionen hos Ronald Dworkin om skillnaderna mellan ”rules” och ”principles”, Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass. 1978, s. 24 och passim. Christina Ramberg har å andra sidan uttalat att det inte är ”kontroversiellt att kontinuerligt utveckla förmögenhetsrätten genom prejudikat, t.ex. [...] obehörig vinst”, men som jag förstår det menar hon att det inte i vidare politisk bemärkelse är en kontroversiell fråga, se Christina Ramberg, *Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten*, Stockholm 2017, s. 117.

³ Rättsfallet behandlas i Håkan Andersson, *Gränsproblem i skadeståndsrätten*, Uppsala 2013, s. 318 ff., Mårten Schultz, *Brottslingar förtjänar inte skadeståndsrättens skydd*, *SvJT* 2007, s. 477 ff. och ds. *Skadestånd contra bonos mores*, *JT* 2008–09, s. 465 ff.

till rättsordningens hjälp för att återfå det stulna eller för att få ersättning för dess värde.”

Tingsrätten lade denna sin mening till grund för sitt avgörande. Anspråket ogillades således. När saken prövades i hovrätten blev utgången den motsatta. Hovrätten konstaterade att det i avtalsrättsliga sammanhang finns en lära om olagliga och omoraliska avtal, *pactum turpe*-läran, men att någon motsvarande lära inte finns i utomobligatorisk skadeståndsrätt.⁴ Hovrätten föll därför tillbaka på den allmänna regeln i 2 kap. 2 § skadeståndslagen: en ren förmögenhetsskada hade uppkommit genom brott och skulle därför ersättas enligt huvudregeln. HD kom till samma domslut (men klassificerade skadan som en sakskada).

I det här sammanhanget är det tingsrättens avgörande som är mest intressant. Domstolen talar, som jag redan betonat, om sin ”mening”. Uttalandet kan tolkas på olika sätt. En tolkning är att domstolens bedömning grundar sig i en *åsikt*. Anspråket ogillades för att domarna inte tyckte det var moraliskt acceptabelt att sådana här krav skulle åtnjuta rättsligt skydd. Denna tolkning kan framstå som märklig på gränsen till oförsämd. Man kan väl inte utgå från att domstolar grundar sitt dömande på åsikter?⁵

Svaret är förstås nej, man inte utgå från att domare dömer utifrån åsikter. Nu rör vi oss i och för sig på ett fält där rätten och moralen – och jag placerar nu åsikterna framför allt i den senare kategorin – ligger nära varandra. Den närliggande avtalsrättsliga uppfattningen att ”*pactum turpe*” inte förtjänar rättsordningens skydd talar just om omoraliska avtal. Även så kan tingsrättens avgörande inte avfärdas som åsiktsgrundat dömande. En välvillig tolkning är att domstolens mening utgår från en rättslig analys, som landat i slutsatsen att det finns en norm – en allmän rättsprincip – som innebär att den som har pengar som intjänats genom brott inte förtjänar rättsordningens skydd mot den som tillgriper dessa pengar.⁶

⁴ Se för kommentarer kring relationen mellan *pactum turpe* och det utomobligatoriska fallet Marcus Agnafors, *Pactum turpe* – en rekonstruktion och ett försvar, SvJT 2019, s. 956 ff., särskilt på s. 963 f. och Torbjörn Ingvarsson, *Pengar luktar inte – eller gör de det?*, SvJT 2011, s. 1019 ff., särskilt på s. 1028 ff. Se även Håkan Andersson, *Gränsproblem i skadeståndsrätten*, Uppsala 2013, s. 325 ff.

⁵ Bakom i princip varje mening i denna inledning finns det stora teoretiska frågeställningar. Temat att domare dömer utifrån magkänslan även om de använder juridisk jargong som fernissa förknippas kanske främst med den amerikanska realismens skepsis mot principiell argumentation. Det mest kända uttrycket för detta är uttalandet att ”the law is what the judge had for breakfast” som brukar tillskrivas Jerome Frank, men som har visat sig svårt att härleda. Det finns dock flera exempel från amerikanska realister som framhäver kopplingen mellan domarens sinnesstämning (inte sällan med koppling till hans/hennes matsmältning). En underhållande genomgång av detta är Dan Priel, *What the Judge Had for Breakfast: A Brief History of an Unpalatable Idea*, 68 *Buffalo Law Review*, s. 899 ff. (2020).

⁶ Det som gör 2008 års fall principiellt spännande är att det inte finns någon ”god person”. Det fanns en summa pengar s.a.s. på bordet som intjänats genom narkotikabrott och som

1.3 Olika typer av allmänna principer

Vad är egentligen en allmän rättsprincip?⁷ Även erfarna jurister kan få något jagat i blicken när frågan ställs. Det finns olika sätt att svara på frågan. Min egen förståelse är att en allmän rättsprincip är en juridisk norm vars existens inte är beroende av författningsstöd. Enligt denna bestämning kan en allmän rättsprincip vara uttryckt i lag, men det är inte lagen som *gör* principen. Lagen *uttrycker* principen, men den skapas inte genom lagen. Ett tydligt exempel är culparegeln. Den kommer till uttryck i ett antal olika regler i skadeståndslagen och i andra sammanhang men även utan detta lagstöd hade skadeståndsfrågor hanterats genom culparesonemang.

Vi som i akademiska sammanhang arbetar med civilrättsliga ämnen utgår regelmässigt från att den juridiska normfloran inkluderar allmänna rättsprinciper.⁸ Det finns regler i lag och så finns det principer som inte vinner sin kraft genom att följa av lag. Den senare kategorin innehåller normer av olika slag.

Vissa allmänna principer utgör normativa *grundbultar* på sina områden. I avtalsrätten talar vi om att avtal ska hållas (*pacta sunt servanda*), i skadeståndsrätten om principen om full ersättning (*restitutio in integrum*) och i straffrätten om att ingen ska straffas utan lag (*nulla poena sine lege*). Som de latinska fraserna indikerar har principer som de här ofta gamla anor med rötter i den romerska rätten.

Kategorin allmänna principer rymmer även andra slags argument. Emellanåt används uttrycket *teori* för vad som egentligen är allmänna rättsprinciper när dessa har en oklar innebörd, som avtalsrättens vilje- och tillitsteorier.⁹ På ett liknande sätt används understundom uttrycket *lära*, som i läran om det skyddade intresset eller förutsättningsläran.¹⁰

Allmänna rättsprinciper kan också vara betydligt mer precisa. Skadeståndsrätten innehåller många exempel: skadebegränsningsplikten, tredjemansskadep principen och *casus mixtus cum culpa* är tre sådana principer som mer eller mindre nyligen har varit föremål för HD:s intresse.¹¹

sedan stulits. Det fanns bara två utgångar. Antingen fick knarklangaren behålla pengarna som intjänats genom brott, eller så fick tjuvarna behålla pengarna som tillgripits genom brott. Situationen är ovanlig. Vanligtvis hade dessa medel förverkats.

⁷ Se för variationer på detta tema Andreas Norlén och Christina Ramberg, *Vigilansprincipen i förmögenhetsrätten*, SvJT 2021, <https://svjt.se/content/vigilansprincipen-i-formogenhetsratten> (artikel i preprint, 2021-03-29).

⁸ Allmänna rättsprinciper förekommer även i den offentliga rätten, men fokus för denna uppsats är civilrätten.

⁹ Jmf. Jan Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen*, Stockholm 2001, s. 148 f.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ NJA 2017 s. 9 (den allmänna skadebegränsningsplikten), NJA 2004 s. 746 I och II (*casus mixtus*) och NJA 2009 s. 16 (tredjemansskadep principen).

1.4 Vad betyder det att det "finns" en allmän rättsprincip?

1.4.1 Metaetiska utgångspunkter

Det här leder till en följdfråga. Vad betyder ett påstående om att en allmän rättsprincip "finns"? Grunden för ett påstående om att det finns en allmän rättsprincip är av ett annat slag än när vi talar om normer som har stöd i lag. En norm i lagregel härleder sin legitimitet från den offentliga makt som riksdagen utövar genom regeringsformen och på ett djupare plan har den därmed ytterst sitt stöd i själva demokratibegreppet. Civilrättens allmänna rättsprinciper kan inte söka sitt rättfärdigande i denna normhierarki. Så var finns då stödet?

Traditionellt har stödet för obehörig vinst, liksom för många andra allmänna rättsprinciper, haft sitt stöd i naturrättsliga idéer om att vissa värden existerar s.a.s. av sig själva.¹² Även om naturrättsligt influerade argument fått ny vind i seglen i vissa sammanhang finns det inte så många som idag argumenterar för att obehörig vinst-principen kan härledas till några objektivt existerande värden. Det sagt finns det inte sällan en kvardröjande bris av naturrättsligt grundade resonemang i obehörig vinst-diskussionen.¹³

Ett tema som obehörig vinst ligger närmare en naturrättslig tradition än många mer specifika eller tekniska rättsliga frågeställningar gör. Det är t.ex. vanligt, både i historisk och modern rättsvetenskap, att koppla obehörig vinst-temat till olika föreställningar om *rättvisa*.¹⁴ Rättvisetanken uttrycker, ofta i alla fall, ett moraliskt värde.

¹² Det finns oerhört mycket skrivet i ämnet, men en kortfattad introduktion till obehörig vinst i romersk och medeltida rätt finns i David Ibbetson, *Revolutions in Private Law*, i: Sarah Worthington m.fl., *Revolution and Evolution in Private Law*, Oxford/Portland, Oregon 2018, s. 24 ff.

¹³ Hellner summerade i sin sista bok saken, drygt 50 år efter avhandlingen i ämnet, på följande sätt: "Principen obehörig vinst kan betraktas som ett exempel på att en allmän princip, baserad på i vidsträckt mening naturrättsliga idéer, helt eller delvis övergår till att bli en sammanfattning av ett antal speciella regler, vilkas giltighet är etablerad och oberoende av att de har deducerats ur den allmänna principen." Jan Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen*, Stockholm 2001, s. 134.

¹⁴ Ang. historiska sammanhang: Den latinska sentensen "nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletorium" (i fri översättning "genom naturens lagar är det rätt att ingen skall kunna obehörigen berika sig på en annans bekostnad) förekommer understundom i den komparativrättsliga litteraturen och tillskrivs den romerska juristen Pomponius. Se t.ex. David Johnston och Reinhard Zimmerman, *Unjustified enrichment: surveying the landscape*, i: David Johnston (red.), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, West Nyack, N.Y. USA 2002, s. 3. Ang. modern rättsvetenskap: kopplingen är tydligare i den engelskspråkiga diskussionen där man i stället för "obehörig" vinst talar om "orättvis" vinst (unjust enrichment). Se för några exempel från den engelskspråkiga diskussionen (vissa kritiska) Ernest Weinrib, *The Gains and Losses of Corrective Justice*, 44 *Duke Law Journal*, s. 277 ff., (1994), ds. *Restitutionary Damages as Corrective Justice*, 1 *Theoretical Inquiries in Law*, s. 1 ff.,

Uttrycket "naturrätt" har fortfarande har en dålig klang i den svenska juridiska diskussionen. Understundom verkar det emellertid som att skepsisen mot naturrätt vilar på ett föråldrat synsätt om vad uppfattningen egentligen innebär. Jag har t.ex. inte sett så mycket debatt om det faktum att lagstiftaren i början av 1990-talet genom lag gav uttryck för en naturrettsligt grundad uppfattning och på sätt och vis gjorde naturretten till en del av den positiva rätten.¹⁵ Det finns härmed skäl att göra en liten metaetisk utflykt. Vad innebär egentligen ett naturrettsligt perspektiv i frågan om obehörig vinst?

1.5 En metaetisk utflykt

1.5.1 *Ontologi och metaetik*

Om man närmar sig frågan vad det betyder att allmänna principer som obehörig vinst "finns", och den sammanhängande frågan om hur de tillkommer, utifrån litet djupare perspektiv öppnar sig filosofiska spörsmål, närmare bestämt ontologiska spörsmål. "Ontologi" är läran om det varande, om vad som finns eller kan finnas.

Ontologiska frågor rörande värden och normer hör till metaetiken. Metaetiken inkluderar även frågor om kunskap om värden och normer (epistemologiska spörsmål) och om hur språket förhåller sig till värden och normer (semantiska spörsmål). Det är framför allt de ontologiska frågorna som är av intresse i denna diskussion. Det här fordrar en teoretisk men icke desto mindre väldigt förenklad utveckling.

Dennis Klimchuk, *Unjust Enrichment and Corrective Justice*, i: Jason Neyers m.fl. (red.), *Understanding Unjust Enrichment*, Oxford 2004, s. 111 ff., Mitchell McInnes, *Resisting Temptations to "Justice"*, i: Chambers m.fl. (red.), *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, Oxford 2009, s. 100 ff., Dan Priel, *The Justice in Unjust Enrichment*, 51 *Osgoode Hall Law Journal*, s. 813 ff. (2014) och Stephen Smith, *Justifying the Law of Unjust Enrichment*, 79 *Texas Law Review*, s. 2177 ff. (2001). Peter Birks, den kanske mest inflytelserike författaren i ämnet ändrade radikalt sin inställning till obehörig vinst-principen under sin livstid – från skeptisk till tillskyndare – men bibehöll en kritisk inställning till att koppla principen till rättvisetankegångar, se t.ex. Peter Birks, *Unjust Enrichment*, 2 uppl., Oxford 2005, s. 274 f.

¹⁵ När europakonventionen för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna införlivades genom en lag i svensk rätt (1994:1219) fick vi ett målsättningsstadgande som tydligt utgår från en "förlaglig" syn på fri- och rättigheter. Dessa normer skapas inte – enligt konventionen – genom konventionen. Konventionen uttrycker de fri- och rättigheter som vi redan har.

1.5.2 Värde realism

I en naturrättslig tradition kan allmänna rättsprinciper härledas från den naturliga rätten. I denna tradition har värden en existens och dessa värden kan uttrycka normer. Påståendet "du får inte tortera" är inte bara ett uttryck för att något (ett straff) kan hända om man torterar eller för att det följer av någon annan norm. Det är ett påstående som är sant eller falskt eftersom det finns en faktiskt existerande norm som gör påståendet sant

Vi kan jämföra med påståenden om den fysiska verkligheten. Om det finns en bok framför oss som vi kan se, röra vid, bläddra i, så betyder det att boken existerar – den upptar en bestämd plats i vårt universum vid en viss tid – och ett påstående om att boken ligger på bordet är sant. Denna uppfattning kallas för realism. Naturrätten har historiskt ofta antagit att det ligger till på ett liknande sätt även när det gäller normer. Vårt universum består inte bara av saker utan även av andra fenomen.

Denna uppfattning kallas för *värde realism*.¹⁶ I ett värde realistiskt system kan således allmänna rättsprinciper härledas till normer som följer av reellt existerande värden. Påståendet "pacta sunt servanda" – prototypen för ett naturrättsligt påstående, enligt Jan Hellner – uttrycker således en faktisk sanning.¹⁷ Det är en referens till en från det positiva rättssystemet, som får sitt innehåll genom rättskällor som lag, autonomt existerande norm.

1.5.3 Värdenihilism

Etiketten "värde realism" framstår möjligen som en själv motsägelse för jurister som genomgått sin utbildning i Sverige. Det finns i svensk rättskultur inget realistiskt med värde realismen – det anses snarare som en helt orealistisk uppfattning.

I kontrast till värde realism står *värdenihilism*.¹⁸ Anledningen till den korta utvecklingen kring värde realism är just att värdenihilismen har en särskild roll i svensk rättskultur och som för många som intresserar sig för sådana här frågor verkar vara den enda metaetiska inställning som anses värd att beaktas. Värdenihilism är ett begrepp som har fyllts med olika innebörd men den centrala är tanken att värden inte existerar.

¹⁶ Se t.ex. Peter Railton, *Moral Realism*, i: Andrew Fisher och Simon Kirshin (red.), *Arguing about Metaethics*, New York 2006, s. 145 ff.

¹⁷ Jan Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen*, Stockholm 2001, s. 132. Hellner behandlar ämnet utförligt i *Pacta sunt servanda*, Festskrift till Torstein Eckhoff, Oslo 1986, s. 335 ff.

¹⁸ Jag använder uttrycket värdenihilism eftersom de flesta jurister närmar sig dessa ämnen med Hägerström i ryggen. Se för en metaetisk genomgång av Uppsalskolan och Hägerström, Patricia Mindus, *A Real Mind*, Dordrecht 2009, s. 85 ff.

1.5.4 Värdefiktionalism

Det finns dock fler alternativ än värderealism och värdenihilism. I praktiken är det så att vi behandlar juridiska "fakta" som just fakta. Säger någon i ett föredrag att "culpanormen är skadeståndsrättens grundläggande ansvarsregel" skulle ingen kollega resa sig upp och invända att "så kan du inte säga, för det kan omöjligt vara sant" för att därefter i vredesmod lämna rummet. Vi utgår i vårt juridiska språkspel, om än implicit, från att det finns juridiska sanningar och att det är rimligt att behandla dessa "sanningar" som sanningar.

Den metaetiska inställning som kallas *fiktionalism* löser upp denna knut. Sanning är ur teoretisk synvinkel ett onåbart ideal, men det gör inte att omdömen i det aktuella sammanhanget är tomt flum. Fiktionalism är uppfattningen att det inom en viss diskurs, i vårt fall den juridiska diskursen, förekommer påståenden som är falska i egentlig mening – de hänför sig till något som inte finns – men dessa påståenden kan ändå vara värda att *beaktas* som sanna eftersom det tjänar något annat syfte.¹⁹

När vi säger att det "finns" en allmän rättsprincip med ett visst innehåll så vet vi att det inte stämmer i strikt bemärkelse, eftersom principer inte har en självständig existens vilket innebär att påståenden om sådana normer alltid kommer att vara falska. Men vi använder oss ändå av detta språk eftersom fiktionen gör nytta.

2. Allmänna rättsprinciper och rättskällor

2.1 Istället för värderealism: rättskällor

I modern svensk rättsvetenskap, liksom i den juridiska diskursen i stort, tillmätts traditionella naturrättsliga argument av ontologiskt slag inte någon större relevans. Men icke desto mindre utgår den civilrättsliga diskussionen från att det finns allmänna rättsprinciper, bredvid den kodifierade rätten

¹⁹ Min beskrivning är i stort hämtad från detta citat: "The simplest fictionalist approach to a discourse takes certain claims in that discourse to be literally false, but nevertheless worth uttering in certain contexts, since the pretence that such claims are true is worthwhile for various theoretical purposes", Daniel Nolan, Greg G. Restall och Caroline West, *Moral Fictionalism Versus the Rest*, 83 *Australasian Journal of Philosophy*, s. 307 ff., på s. 307 (2005). För den som är intresserad av detaljerna och kanske redan är insatt i ämnet (i så fall sannolikt mer än vad jag är) så är det en form av hermeneutisk rättslig fikcionalism som jag tentativt föreslår i detta sammanhang, snarare än det som kallas för revolutionär fikcionalism. Olika infallsvinklar på temat finns i Mark Eli Kalderon (red.), *Fictionalism in Metaphysics*, Oxford 2005.

eller normer som följer av avtal, som har relevans. Vad är då stödet för dessa normer?

I de allmänna framställningar om hur rättsordningen är uppbyggd och om rättskällor som används i juristutbildningen har de allmänna principerna givit ett svagt avtryck.²⁰ Tydligast är Hellners Rättsteori som beskriver allmänna rättsgrundsatser som normer som väsentligen utgör analogier från, eller generaliseringar av, principerna i lagstadganden eller prejudikat men att det finns allmänna rättsgrundsatser som inte har sådant stöd.²¹

2.2 Skapas allmänna principer genom prejudikat?

Är allmänna rättsprinciper – om inte naturrätten kan åberopas – beroende av stöd i andra auktoritativa rättskällor? I sådana fall är det i första hand i prejudikaten som man får söka. På civilrättens område, särskilt på den allmänna civilrättens område, gör HD mer än att tolka och systematisera. Domstolen har även en rättsbildande funktion.²² När HD utövat denna rättsbildande funktion för att uttrycka en generell princip så uppkommer en allmän rättsprincip. Men hur går detta till?

Tag den ovan nämnda principen *casus mixtus cum culpa* som exempel.²³ Tankegången bakom principen hade kommit till uttryck i flera tidigare avgöranden från HD.²⁴ Den hade dock inte nämnts vid namn. Icke förty behandlades den som en allmän princip i litteraturen. I NJA 2004 s. 746 I

²⁰ Se t.ex. Ulf Bernitz, *Introduktion*, i: Bernitz m.fl., *Finna rätt*, 15 uppl., Stockholm 2020, s. 30 ff. Bernitz presenterar i detta avsnitt rättskällorna, utan att ta upp allmänna rättsgrundsatser. I Wiweka Warnling-Nereps *Vad är rätt? tas EU:s allmänna principer upp men inte sådana normer som jag intresserar mig för här, Wiweka Warnling-Nerep, Vad är rätt?*, 2 uppl., Stockholm 2015, s. 54 och 57 (om EU:s principer).

²¹ Jan Hellner, *Rättsteori*, 2 uppl., Stockholm 1994, s. 117.

²² Ämnet behandlas i Christina Ramberg, *Prejudikat som rättskälla*, Stockholm 2017, särskilt kap. 8.

²³ Principen innebär ett avsteg från det generella adekvanskravet. Den används primärt när någon förfogat över annans egendom på ett otillåtet sätt och den skadas genom en olyckshändelse. Exempel: Jag stjälar en bil som förstörs utanför mitt hus i en fullständig oförutsebar jordbävning. Trots att skadan är inadekvat enligt adekvanslärans riktlinjer så är jag ändå ansvarig för skadan. Se på temat Anders Agell, *Skadeståndsansvaret vid obehöriga förfoganden över annans egendom*, i: "de lege", *Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok*, 3, Uppsala 1993, s. 197 ff., särskilt på s. 221 ff., Håkan Andersson, *Gränsproblem i skadeståndsrätten*, Uppsala 2013, s. 145 ff., ds. *Skyddsändamål och adekvans*, Uppsala 1993, s. 393 ff., Bill Dufwa, *Flera skadeståndsskyldiga*, Stockholm 1993, främst no. 3894 ff., Jan Kleineman, *De offentliga rättssubjektens skadeståndsansvar*, JT 1991–92, s. 63 ff., särskilt s. 75 ff., Gertrud Lennander, *Casus Mixtus Cum Culpa*, i: *Festskrift till Bill Dufwa*, Vol. II, Stockholm 2006, s. 723 ff. (särskilt med hänvisningar till bl.a. annan nordisk litteratur på s. 725, s. 4), och Mårten Schultz, *Casus Mixtus Cum Culpa*, JT 2004–05, s. 680 ff.

²⁴ Avgöranden i utomobligatorisk skadeståndsrätt som berör temat är NJA 1914 s. 190 och NJA 1985 s. 690.

och II användes principen av HD och denna gång var domstolen explicit – det stod klart att det var en viss princip som användes och den fick första gången den latinska etikett som tidigare bara använts i litteraturen (och möjligen i något underrättsavgörande).

Transformerade HD casus mixtus cum culpa från att vara en rättspolitisk idé, eller en rättsvetenskaplig hypotes, till gällande rätt genom dessa avgöranden? Det kan i vart fall inte gärna vara den omständigheten att principen nämns med namn som är det avgörande. Det är inte ovanligt att domstolarna använder allmänna principer utan att för den skulle etikettera den på det sätt den brukar uttryckas. "Utgångspunkten i svensk rätt är att skadeståndsansvar förutsätter vållande" uttrycker naturligtvis culparegeln, även om det inte står att det är "culporegeln" som avses. Men i det här fallet är det inte bara så att HD inte tidigare använt det latinska uttrycket i någon dom. Det fanns inte före år 2004 något klart uttalande av HD om att gällande rätt innehöll en princip av det här slaget och att det var den som användes i de avgöranden där temat aktualiserades.

Icke desto mindre kan det inte sägas att HD "skapade" casus mixtus-principen genom sitt avgörande. I just det här fallet fanns en samsyn kring att en princip med den här innebörden hörde till skadeståndsrättens allmänna principer. Prejudikaten förändrade ingenting i sak. De gjorde det som tidigare var en implicit beståndsdel av gällande rätt till en explicit beståndsdel. Prejudikaten har alltså inte skapat principen.

2.3 Skapas principerna av rättsvetenskapen?

Om det inte är prejudikaten som skapar dessa allmänna rättsgrundsatser blir en följdfråga om det istället är i den juridiska litteraturen som dessa konstrueras.²⁵ Redan att frågan ställs på det sätt som den gör i rubriken kan framstå som ett utslag av hybris, men det finns exempel på hur rättsvetenskapen lämnat förslag på hur vissa typsituationer ska avgöras som därefter fått fäste i rättstillämpningen. I vissa av dessa fall har förslaget paketerats som en princip, även om författaren sällan gör anspråk på att ha "kommit på" normen ifråga. Istället framförs sådana förslag utifrån ändamålsresonemang och ofta mot bakgrund av en rättsdogmatisk eller komparativrättslig analys.

I sådana här situationer sker rättsbildningen i ett samspel mellan tidigare etablerade normer och rättsvetenskapen. Det är inte sällan omöjligt att avgöra hur mycket av ett rättsvetenskapligt framfört förslag som utgör en analogi till rättsregler, vad som härleds ur värderingar som forskaren identifierat i systemet och vad som är en innovation.

²⁵ Se för olika variationer på detta tema, Jan Kleineman, Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla, i: Jan Kleineman, Kontrakts- och skadeståndsrätt, Stockholm 2011, s. 281 ff.

För att exemplifiera kan vi ta det resonemang som Jan Kleineman för i sin doktorsavhandling om att tillitsaspekter bör tillmätas betydelse i olika skadeståndsrättsliga sammanhang, särskilt vid bedömningen av ansvaret för vilseladande information utanför kontraktsförhållanden.²⁶ Argumentationen hämtar näring i metodologiska och komparativrättsliga iakttagelser, liksom i analogier och jämförelser och rättspolitiska ställningstaganden. Tillitsresonemangen fann gehör hos HD i NJA 1987 s. 692 (Kone Invest), som rörde värderingsföretags ansvar för fastighetsvärdering. Domstolen förklarade emellertid inte 1987 närmare hur man ska se på tillitens position i bedömningen. Domskälen kan med andra ord läsas på olika sätt. I ett senare avgörande – NJA 2001 s. 878 – förtydligade HD att det ”avgörande” i dessa fall är om tilliten varit befogad. I en rättsfallskommentar konstaterade Jan Kleineman att HD ”en gång för alla” gör klart ”att tillitens relevans utgör själva rättsregeln”.²⁷ I senare tids praxis har tillitsargumentet breddats och utgör basen för av en av de två ”typsituationer” som HD etablerat för när det är möjligt att erhålla skadestånd för ren förmögenhetsskada utan stöd i ett avtal eller en uttrycklig lagregel – de kvalificerade tillitssituationerna.²⁸

De stora europeiska principförslagen illustrerar denna process av interaktion mellan rättsvetenskap och rättsbildning än tydligare. Det viktigaste är Draft Common Frame of Reference (DCFR).²⁹ DCFR har sin bas i omfattande komparativrättsliga undersökningar. Dessa undersökningar utfördes med stöd av nationella experter från de olika länderna. Dessa experter var framför allt hämtade från universitetsvärlden, även om flera av de svenska deltagarna i expertgrupperna var justitieråd (om än med bakgrund i akademien). Resultatet av dessa undersökningar inskränks inte till traditionell rättsvetenskaplig text. DCFR innehåller även ett slags förslag till modellag – en samling regler. Regelförslaget vilar på de rättsjämförelser som utgör publikationens underlag men det är inte så att det utgör ett s.k. restatement av de minsta gemensamma nämnarna i EU:s rättsordningar.³⁰ Det är ett förslag som delvis bygger på vad författarna ansåg var ”bra” regler och vad de ansåg var bra var inte nödvändigtvis det som bäst överensstämde med hur rättsreglerna såg ut i de rättsordningar som undersöktes. Tanken bakom projektet från början var att skriva en gemensam civilrättskodifika-

²⁶ Jan Kleineman, *Ren förmögenhetsskada*, Stockholm 1987, passim.

²⁷ Jan Kleineman, *Om den befogade tillitens skadeståndsrättsliga relevans*, i: Jan Kleineman, *Kontrakts- och skadeståndsrätt*, Stockholm 2011, s. 506.

²⁸ Se NJA 2019 s. 94, *Gamla vägen*, st. 13. Se om kategoriseringen Mårten Schultz, *Skadestånd för ren förmögenhetsskada utan lagstöd*, SvJT 2017, s. 820 ff.

²⁹ von Bar, Christian & Clive, Eric (ed.), *Principles. Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, 2009. Se för en presentation av DCFR Johnny Herre, *DCFR och svensk rätt*, SvJT 2012, s. 933 ff.

³⁰ Se för ett nordiskt restatement på avtalsrättens område, Ole Lando m.fl. (red.), *Restatement of Nordic Contract Law*, Köpenhamn 2016.

tion för hela EU.³¹ DCFR har vid flera tillfällen citerats av HD.³² En av huvuddelarna av DCFR – en ”bok” – rör obehörig vinst.³³

Även om det finns exempel på hur rättsvetenskapen har haft en påverkan i hur allmänna rättsprinciper etablerats är det inte så enkelt som att allmänna rättsprinciper uppkommer genom att forskarsamhället producerar normförslag som sedan blir gällande rätt. En hel del rättsprinciper verkar leva närmast sitt eget liv, utan något tydligt stöd i rättsvetenskapen.³⁴

2.4 Principer som föds, lever och dör

Det är vid brytpunkter som frågan om stödet för de allmänna rättsprinciperna blir som mest intressant. I diskussionen om fallet Knarklangaren ovan framhöll jag att man måste utgå från att tingsrätten ansåg att det fanns en allmän princip och dömde efter den och att domstolen inte dömde enbart utifrån magkänslan. Men det finns ett tredje alternativ. Det tredje alternativet är att tingsrätten konstruerade en regel och dömde i enlighet med den. Kan en allmän rättsprincip bildas genom att en underrätt konstruerar den?

Det går nog inte att komma mycket längre i den här frågan. Det går ofta att i efterhand spåra utvecklingslinjerna bakom sådana normer som det juridiska etablissemanget i konsensus utgår från hör till gällande rätt. Det är betydligt svårare att hitta fasta hållpunkter för hur nya principer blir till.³⁵ Än svårare är det att fånga in när de upphör att existera, eller – för att återvända till den metaetiska diskussionen – när fiktionen om deras

³¹ “[...] I believe that in the long run we need not merely a restatement, but a proper European Civil Code in the form of a legally binding text.” Så uttryckte projektets högsta ansvariga saken vid en föreläsning på Stockholms universitet 2001. Se Christian von Bar, *A Civil Code for Europe*, JT 2001–02, s. 3.

³² Se NJA 2009 s. 672, NJA 2010 s. 629 och NJA 2011 s. 600. Ingen av dessa domar rör obehörig vinst-frågor.

³³ I sitt angrepp på obehörig vinst som allmän rättsgrundsats tar Kleineman särskilt sikte på DCFR:s förslag, under rubriken ”Det obehagliga framtidsscenarioet”, se Jan Kleineman, *Obehörig vinst och frågan om vårt behov av rättsliga tvångströjor*, i: Caroline Carlsson, Aron Verständig och Mårten Schultz (red.) *Stockholm Centre for Commercial Law, Årsbok V*, Stockholm 2014, s. 133 ff. på s. 146 f. och s. 149 f.

³⁴ Ett exempel kan vara den allmänna skadebegränsningsplikten i utomobligatorisk skadeståndsrätt. Denna plikt följer inte av skadeståndslagen och det fanns tidigare begränsat med praxis. Därtill har den inte varit föremål för så mycket intresse i den akademiska litteraturen och det kan noteras att skadebegränsningsplikten inte ens finns med i sakregistret till Hellners inflytelserika lärobok, Jan Hellner och Marcus Radetzki, *Skadeståndsrätt*, 10 uppl., Stockholm 2018. Icke desto mindre har åtminstone jag själv aldrig ifrågasatt att underlåten skadebegränsning kan medföra nedsättning av ett skadestånd med stöd i en allmän princip. Nu finns det ett belysande prejudikat i frågan, NJA 2017 s. 9. Därtill har Marcus Radetzki, utifrån ett sakskaadehåll, givit ämnet en allmän belysning, i *Skadeståndsberäkning vid sakskada*, 3 uppl., Stockholm 2019, kap. 8.

³⁵ Hellner tar upp temat i *Rättsteori*, 2 uppl., Stockholm 1994, s. 118 ff.

existens slutar att vara fruktbar. Den senare frågan återkommer jag till i slutet, eftersom den har särskild relevans när det gäller obehörig vinst.

Vad resonemanget landar i är att det kanske inte går att helt förklara hur allmänna rättsprinciper blir en del av gällande rätt, men att det finns vissa återkommande mönster bakom de principer som är väletablerade. De kan ha stöd i analogier med normer på andra rättsområden, i första hand i lag. Den allmänna skadebegränsningsplikten finns inte upptagen i skadeståndslagen men förekommer i många andra lagar. Principerna har emellanåt gamla anor, som kan återspeglas i att vi använder oss av uttryck på latin när vi talar om dem. Casus mixtus-principen är ett exempel. När HD vaskar fram nya rättsprinciper kan komparativrättsliga iakttagelser och liknande ha betydelse. Här utgör domskälen i NJA 2009 s. 672 med hänvisningen till DCFR en illustration. Men frågan är om inte en central förklaring till varför vissa oskrivna normer anses höra till den gällande civilrätten är helt enkelt att tillräckligt många som av juristkåren betraktas som ett etablissemang anser det. Om det står i läroböckerna att obehörig vinst är en självständig grund för ersättning, om framstående jurister säger samma sak på Nordiska juristmötet och om framtidens jurister får höra det i lärosalarna på universiteten, ja, då är den gällande rätt. Trots att HD inte har satt ner foten i frågan.

3. Obehörig vinst-principen och obehörig vinst-argument

3.1 Inledning

Mot denna teoretiska bakgrund kan jag börja nysta i den mer specifika frågan om det finns en obehörig vinst-princip. För att göra det så kommer jag att ge exempel på olika typer av obehörig vinst-argument för att därefter reflektera över hur dessa olika argument förhåller sig till varandra och till frågan om en självständig vinstprincip.

3.2 Vad är ett obehörig vinst-argument?

I kärnan av diskussionen om obehörig vinst finns en tanke om att civilrätten, i vissa fall, bör motverka att någon berikar sig på någon annans bekostnad, eller genom att utnyttja någon annans rätt. De situationer där berikandet bör motverkas är de där detta skett obehörigen, eller, som det också uttrycks, utan rättslig grund.

I obehörig vinst-tanken finns ofta även en idé om att motverkandet bör ta sig formen av en särskild rättsföljd, nämligen att rättsordningen tillhan-

dahåller en rättslig möjlighet för den som drabbats av förlusten eller fått sin rättighet utnyttjad att erhålla ersättning motsvarande värdet av berikandet.

Jag befarrar att ovanstående konturer av obehörig vinst-tanken framstår som diffusa. Förhoppningsvis blir saken klarare längre fram när temat belyses utifrån olika mer praktiska perspektiv. Innan dess behöver jag dock specificera vad jag avser med "tanken" om obehörig vinst. Det är naturligtvis oprecist uttryckt men ordet är medvetet valt för att ta höjd för att den närmast moraliska idé som ligger i obehörig vinst-normens kärna kan komma till olika uttryck i juridiska sammanhang.³⁶

Faktum är att den redan har kommit till uttryck i form av flera olika typer av juridiska argument och det kan vara svårt att förstå vad som skiljer dessa åt. Det finns därför ett behov av någon form av struktur.

Uttrycket obehörig vinst kan således ta sikte på en egen, allmän rättsprincip – obehörig vinst-principen, eller -regeln. Det kan också ta sikte på ett juridiskt argument som kan användas som stöd för andra argument, ofta i formen av ett rättspolitiskt argument. Slutligen kan uttrycket användas som en beskrivning av en beräkningsmodell för ersättningar. Jag tar upp dessa i tur och ordning.

3.2.1 En obehörig vinst-regel

Obehörig vinst kan utgöra *en självständig, allmän rättsprincip i svensk civilrätt – en regel*.³⁷ Det finns inte något lagstöd för en sådan allmän rättsprincip. Men så är det med, som vi sett, många allmänna rättsprinciper i svensk rätt.

Är då obehörig vinst en allmän princip i svensk civilrätt? För egen del anser jag att den är det. Jan Kleineman har uttryckt en annan uppfattning.³⁸ Det finns inte något tydligt exempel från modern HD-praxis som ger stöd åt uppfattningen att obehörig vinst-principen utgör en självständig regel.

När frågan nyligen aktualiserades i rättsfallet Den betalande sambon – som utvecklas nedan – avhöll sig domstolens majoritet explicit från att uttrycka en uppfattning i saken. (Minoriteten tog däremot ställning för en

³⁶ I den litteratur som vuxit fram under rubriken "privaträttsteori" ("private law theory") finns det olika infallsvinklar. I antologin *The Law of Unjust Enrichment* återfinns flera av dessa perspektiv, Robert Chambers, Charles Mitchel och James Penner (red.), *The Law of Unjust Enrichment*, Oxford 2009, särskilt del II ("Normative Foundations").

³⁷ Även bland rättsordningar som erkänner obehörig vinst som ett självständigt principargument finns det olika inställningar till hur detta argument kan användas – som en allmängiltig princip eller som en mer specifikt orienterad princip med sikte på vissa typsituationer. Se t.ex. Brice Dickson, *Unjust Enrichment Claims: A Comparative Overview*, 54 *Cambridge Law Journal*, s. 100 ff., på s. 126 (1995).

³⁸ Jan Kleineman, *Obehörig vinst och frågan om vårt behov av rättsliga tvångströjor*, TFR 2013 s. 531 ff.

sådan princip.) I andra domstolar och i skiljeförfaranden har det förekommit några gånger.

Det bör dessutom noteras att obehörig vinst *har* ett tydligt stöd i HD:s praxis, men i äldre avgöranden. Ett av dessa är ett plenumavgörande. Det finns inget avgörande från HD som tydligt tar avstånd från denna gamla praxis, om man inte ser vankelmodigheten hos HD:s majoritet i Den betalande sambon som ett sådant avståndstagande.

Som exempel på hur obehörig vinst kan användas som en självständig regel tas ett plenumfall från 1925 upp nedan.

3.2.2 *Obehörig vinst-motiveringar*

Vinstargument kan användas som ett *stöd för juridiska bedömningar som inte direkt vilar på en obehörig vinst-princip*. Vinstargumentet har i dessa situationer denna form: A borde i en bedömning enligt någon juridisk norm N erhålla ersättning från B eftersom N bör användas på ett sätt som motverkar obehörig vinst. Vilken typ av stöd vinstargument utgör beror litet på bedömarens syn på argumentet.

Stödet kan vara renodlat rättspolitiskt: det vore helt enkelt fel om den berikade personen fick behålla pengarna. Grunden för en sådan rättspolitisk bedömning – normen som gör att något är "fel" – kan i sin tur vara mer eller mindre genomtänkta moraliska värderingar (det är moraliskt fel, antingen enligt någon moralisk teori eller enligt magkänslan, att den som tjänat pengar på att genom brott exploatera andra människor inte ska behöva lämna över dessa pengar till brottsoffren).

Det går även att argumentera för att obehörig vinst är en tankegång som s.a.s. ligger bakom olika andra regler. Som exempel kan nämnas skilda ersättningsregler i immaterialrätten, ersättning enligt lagen om företagshemligheter eller någon regel i växelrätten. Tillsammans ger dessa regler stöd för att civilrätten (eller kanske rättsordningen i stort), åtminstone ibland, vilar på en grundläggande norm om att motverka obehörigt berikande. Denna norm kan utgöra ett argument för att i en viss situation ersättning som hanteras enligt någon annan regel borde utgå.

Ett tydligt exempel på hur obehörig vinst använts som stöd i bedömningen av en annan princip är hur HD resonerade i ett fall av *condictio indebiti* för några decennier sedan, NJA 1999 s. 575. Jag tar upp detta nedan.

3.2.3 *Vinstbestämda ersättningar*

Obehörig vinst-tanken kan användas som en normativ riktlinje för *bestämningen av en ersättning*. En sådan ersättning kan antingen rubriceras som

just obehörig vinst-ersättning. I andra rättsordningar används understundom rubriken "restitution" för en sådan ersättning. Men det förekommer också att obehörig vinst kommer till uttryck vid bestämningen av andra typer av ersättningar, eller att obehörig vinst kan läsas in i bedömningen av hur andra ersättningsformer bestäms. Som exempel kan nämnas att ett skadestånd emellanåt kan beräknas med beaktande av skadevållarens vinst, eller att ersättningen vid intrång enligt immaterialrättsliga lagar väger in intrångsgörarens vinst. Det som skiljer detta synsätt från det som vanligtvis präglar den viktigaste ersättningsformen, skadeståndet, är att differensbedömningen här inte tar sikte på hur mycket sämre situation den skadelidande är i jämförelse med vilken situation hon hade varit i om hon inte skadats. Istället fokuserar man på den förbättrade situation som den andra parten är i förhållande till hur situationen hade varit om inte någon obehörig förmögenhetsöverföring förekommit.

Jag övergår nu till att ge exempel på dessa tre typer av vinstresonemang, men i en annan ordning än den jag nyss gjorde. Först kommer jag att ta upp vinstmotiveringar. Därefter vinstorienterade ersättningsberäkningsmodeller. Slutligen tar jag upp obehörig vinst som självständig rättsprincip.

4. Obehörig vinst som motivering

Den första kategorin som ska tas upp är obehörig vinst-argument som stöd för andra juridiska argument. Jag kommer att fokusera på obehörig vinst-*motiveringar*.³⁹ Det som kännetecknar denna kategori är alltså att obehörig vinst-tanken ger ett stöd för existensen, tolkningen eller tillämpningen av andra rättsliga regler eller principer.⁴⁰

Misstagsbetalningar brukar betraktas som typexemplet på när obehörig vinst gör sig gällande: Om en mottagare av en mistagsbetalning skulle få behålla pengarna skulle hon göra en obehörig vinst.⁴¹ Rätten till återbetal-

³⁹ Jag kommer därmed inte i detta sammanhang göra det som ofta förekommer i framställningar om obehörig vinst, nämligen att försöka spåra sådana här principresonemang "bakom" olika rättsregler som inte explicit nämner obehörig vinst vid namn. Härvid brukar ofta en regel i handelsbalken om sysslomän tas upp (HB 18:3), liksom en regel i föräldrabalken (FB 9:7).

⁴⁰ Se på temat, med utgångspunkt i två avgöranden om *condictio indebiti* och *compensatio lucri cum damno*, Mårten Schultz, *Obehörig vinst-motiveringar*, SvJT 2012 s. 372 ff.

⁴¹ Det är grundtemat hos ex. Peter Birks, *Unjust Enrichment*, Oxford 2003 (passim). När Erik Monsen talade på temat "Überrettiget berigelse (obehörig vinst) som grundlag för betalingskrav" vid Nordiska juristmötet i Köpenhamn 2008 tog han *condictio indebiti* som avstamp i sin inledande presentation av ämnet, se vidare handlingarna från mötet på s. 337 ff.

ning i dessa situationer brukar i svensk rätt ofta behandlas under rubriken *condictio indebiti*.⁴²

Förhållandet mellan *condictio indebiti* och obehörig vinst har hanterats på ett något märkligt sätt i svensk rättsvetenskap. I den ledande framställningen om obehörig vinst i svensk rättsvetenskaplig historia, Jan Hellners avhandling, så är misstagsbetalningar helt undantagna.⁴³ Det är litet udda med en obehörig vinst-undersökning som undviker *condictio indebiti*. Det är litet som att som om en skadeståndsundersökning skulle avgränsa bort kausalitetskravet: Båda utgör är essentiella element som är oundgängliga för en förståelse av de övergripande frågeställningarna.

I Högsta domstolens praxis⁴⁴ har också *condictio indebiti* uppfattats som sammanhängande med obehörig vinst-tematiken. I NJA 1999 s. 575 var frågan om en överföring som en bank gjort till följd av ett bedrägeri och som banken försökte kräva tillbaka.⁴⁵ HD uttalar sig därvid generellt om *condictio indebiti*-regelns (HD betecknar det som "principerna" om *condictio indebiti*, i plural) position i svensk rätt.

"Ett av de huvudargument som har brukat åberopas för den principiella återkravsrätten vid traditionella *condictio indebiti*-situationer är att det, om betalningsmottagaren får behålla vad han har uppburit, uppkommer en förmögenhetsförskjutning till hans förmån utan rättsgrund: han gör en obehörig vinst."⁴⁶

Uttalandet utsattes för hård kritik av Jan Hellner, som menade att regeln stod på egna ben i svensk rätt och således inte behövde stöd "av vare sig läran om obehörig vinst eller förutsättningsläran, causaläran, "kvasikontrakt", implicerat villkor vid betalningen eller någon annan av de konstruktioner som förekommer."⁴⁷

⁴² Redan beteckningen indikerar principens romerskrättsliga bakgrund. Zimmerman beskriver såväl principens tyngd och dess förhållande till obehörig vinst i följande passage: "Though probably not the oldest of the Roman unjustified enrichment claims, the *condictio indebiti* became undoubtedly their most important species". Se Reinhard Zimmerman, *The Law of Obligations*, Kapstaden 2001, s. 848 (med utveckling på följande sidor och senare utveckling på s. 866 ff.).

⁴³ Se Jan Hellner, *Om obehörig vinst*, Stockholm 1950, s. 2.

⁴⁴ En redogörelse för denna praxis finns hos Lars Gorton, *Condictio indebiti i nyare svensk rättspraxis, Handelsrättsliga variationer*, Lund 2009, s. 151 ff. (Ursprungligen publicerad i JFT 4-5/2005, s. 452 ff.)

⁴⁵ Omständigheterna i fallet var egentligen tämligen komplicerade, men i detta sammanhang behöver vi inte gå in på detaljerna.

⁴⁶ Denna formulering ligger i sin tur nära den ovan citerade obehörig vinst-regeln i tysk rätt (BGB, § 812). Se vidare härom Jan Hellner, *Betalning av misstag*, JT 1999-2000, s. 409 ff.

⁴⁷ Jan Hellner, *Betalning av misstag*, JT 1999-2000, s. 413. Hellners auktoritet kan måhända ha haft betydelse när HD några år senare, i NJA 2001 s. 353, återigen hade en *condictio indebiti*-situation uppe för prövning. I det senare fallet lyste nämligen det öppna vinst-resonemanget från 1999 års fall med sin frånvaro. Se på samma spår som Hellner Torbjörn Ingvarsson, *Condictio indebiti*, Uppsala 2016, s. 29.

I förevarande sammanhang är det viktigaste med 1999 års dom att den ger ett gott exempel ur modern praxis på hur vinstmotiveringar kan användas av Högsta domstolen.

Det bör dock framhållas att det även finns argument som talar emot att betrakta *condictio indebiti* som kopplat till ett obehörig vinst-paradigm. Som Torbjörn Ingvarsson framhållit finns det trots den praxis som kopplar samman dessa frågor inga avgöranden där ersättningen beräknats utifrån vad den mottagande parten faktiskt gjort för vinst.⁴⁸ Vinstmotiveringen verkar således inte påverka ersättningsbestämmandet i dessa situationer. Obehörig vinst är enbart ett argument för att ersättning alls ska utgå.

5. Vinstersättningar

Nästa tema rör vinstorienterade ersättningsbestämmningar. Denna kategori omfattar situationer där en rätt till ersättning bestäms utifrån de fördelar den person som ska betala har erhållit, snarare än den negativa förändring som den som har rätt till ersättning har drabbats av. Ersättningar av det här slaget förekommer i olika sammanhang, även i allmänna skadeståndssammanhang.

I NJA 1993 s. 13, *Auto-West*, hade en fastighetsägare begärt skadestånd från en underhyresgäst som kvarstannat i en lokal, efter att avtalet mellan fastighetsägaren och avtalsparten sagts upp. Något avtal mellan fastighetsägaren och underhyresgästen fanns således inte. Fastighetsägaren hävdade att kvarstannandet var brottsligt och att skadestånd skulle utgå enligt regeln i skadeståndslagen 2 kap. 4 § (numer 2 kap. 2 §) om ersättning för ren förmögenhetsskada vid brottslig gärning. Högsta domstolen fann att inget brott kunde läggas svaranden till last. Emellertid prövade domstolen anspråket under en annan "rättsregel". Genom att svaranden hade nyttjat fastighetens lokaler utan stöd i avtal uppstod, konstaterade HD, en skyldighet att ersätta fastighetsägaren motsvarande skälig hyra.

Här kan det noteras att HD alltså dömde ut ersättningen som skadestånd, och inte som någon annan typ av ersättning.⁴⁹ Anders Victorin har framhållit att utgången bör ses som ett utslag av *jura novit curia* – HD hanterade omständigheterna under den (outtalade) relevanta ersättningsprincipen utan att fastna i kärandens rättsliga kategorisering (skadestånd).⁵⁰ Egentligen var det därmed inte fråga om ett skadestånd utan om en ersättning med sitt idémässiga hemvist i ett vinstsyssätt, vilket även Hellner har

⁴⁸ Torbjörn Ingvarsson, *Condictio indebiti*, Uppsala 2016, s. 44 f.

⁴⁹ Jmf. NJA 1896 s. 7, NJA 1905 s. 76 och NJA 1946 s. 143.

⁵⁰ Anders Victorin, *Svensk rättspraxis: Nyttjanderätt till fast egendom 1988–1997*, SvJT 1998, s. 389 ff, på s. 390 f.

framhållit.⁵¹ Orden obehörig vinst finns dock inte med i domskälen och någon vinst i egentlig mening är det inte fråga om, snarare en besparing. Rättsregeln i 1993 års fall framträder emellertid tydligare i ett senare avgörande från HD.

I NJA 2007 s. 519 hade ett konkursbo använt en hyreslokal efter det att konkursgäldenärens avtal slutat att gälla. Frågan var om massaansvar motsvarande kostnaden för hyra förelåg (vilket det gjorde). Detta senare fall är intressant i förevarande sammanhang eftersom HD i domen fick uttala sig om vad som egentligen var den rättsliga grunden i 1993 års fall. "Situationen [i konkursfallet] ter sig därmed likartad den som förelåg i rättsfallet NJA 1993 s. 13. I det rättsfallet slog HD fast att den som använde en lokal utan avtalsstöd skulle utge ersättning motsvarande skälig hyra för nyttjandet. Utgången får antas närmast ha *grundats på allmänna förmögenhetsrättsliga principer om obehörig vinst.*"⁵²

6. Obehörig vinst som självständig princip eller regel

6.1 Allmänt

Vinstresonemang aktualiseras i ett flertal andra avgöranden från senare tid, även om de understundom förs utan att uttrycket "obehörig vinst" förekommer.⁵³ Det finns dock inte något tydligt samtida avgörande där HD med direkt stöd i en självständig vinstprincip tillerkänt en part ersättning. Jag kommer strax att ta upp hur HD, om än med liten marginal, nyligen explicit valt att *inte* ta ställning för eller emot vinstprincipens existens (även om domstolen genom sitt sätt att resonera kanske ändå, indirekt, gjort ett sådant ställningstagande). Frågan är om det spelar så stor roll. Det finns nämligen förhållandevis klara exempel i tidigare praxis och det finns egentligen inte någon anledning att tro att de skulle vara överspelade.

6.2 Skogsavverkningsfallen

I ett flertal avgöranden från början av 1900-talet togs obehörig vinst upp i samband med ersättning för skogsavverkning.⁵⁴ I plenumavgörandet NJA 1925 s. 184 hade en person sålt sin fastighet till en köpare. I avtalet hade par-

⁵¹ Jan Hellner och Marcus Radetzki, Skadeståndsrätt, 10 uppl., Stockholm 2018, s. 407 f.

⁵² Min kursivering. Referens utelämnad ur citatet.

⁵³ Jori Munukka diskuterar olika fall i Är obehörig vinst en svensk rättsprincip?, Ny Juridik 2009 s. 26 ff.

⁵⁴ Fallen passade inte in i systematiken i Hellners avhandling och lades därför i ett appendix.

terna kommit överens om att säljaren även efter överlåtelsen skulle ha rätt att avverka skog på en del av fastigheten. Innan säljaren hann utnyttja sin avverkningsrätt inträdde ett av skogsstyrelsen meddelat avverkningsförbud.

Frågan i målet var om säljaren hade rätt till ersättning. HD:s majoritet, vars dom författades av justitierådet Alexanderson, konstaterade att det inte fanns någon avtalsrättslig grund för ersättning. Istället tog Alexanderson och de domare som instämde med hans uppfattning avstamp i att köparens fastighet ökat i värde genom att han fick behålla den skog som säljaren annars skulle ha avverkat, trots att inte heller köparen vid tillfället kunde avverka skogen: ”I den mån Johansson [köparen] i denna ordning genom ökning i fastighetens värde gjort en vinst på Svenssons [säljarens] bekostnad finner jag Svensson vara berättigad till ersättning”. Ersättningsbeloppet bestämdes skönsmässigt, med beaktande av de förfogandebegränsningar som genom förbudet gällde för köparen.

Även om obehörig vinst inte explicit nämns i domen så är det, och jag vill tro att min tolkning i detta fall inte kan beskyllas för att vara jävig, tydligt en vinstprincip som utgör grunden för avgörandet. Det kan dock konstateras, i linje med Ingvarssons ovan nämnda notering om obehörig vinst-inslaget vid *condictio indebiti*, att ersättningen inte bestämdes utifrån en konkret beräkning av vinsten. Istället gjorde HD en skönsmässig bedömning.

6.3 Den betalande sambon

Det enda fall från HD i modern tid som tydligt tar upp spørsmålet om det finns en allmän rättsprincip om obehörig vinst är ett familjerättsligt fall. Det nya avgörandet har beröringspunkter med några tidigare domar. I familjerätten tycks obehörig vinst-argumentationen ha levt sitt eget liv, opåverkad av den allmänna civilrättens vankelmod.⁵⁵

NJA 2006 s. 206 har en tydlig vinstdimension, även om principen i sig inte nämndes vid namn i HD:s domskäl. Rättsfallet handlade om ett avslutat samboförhållande där samborna ägde en bostadsrätt tillsammans. Efter separationen bodde ena parten kvar i lägenheten i flera år, i enlighet med domstols förordnande. Den utflyttade parten hade enligt alla instanser rätt till ersättning för nyttjandet.⁵⁶

⁵⁵ En situation där detta aktualiseras är där någon kräver nyttjandeersättning av sin make eller sambo, eller vanligare: f.d. make eller sambo, för ett boende, se Örjan Teleman, *Nyttjandeersättning*, JT 2018–19, s. 815 ff. Se även Göran Lind, *HD:s nej till obehörig vinst mellan sambor*, JT 2019–20, s. 189 ff.

⁵⁶ Avgörandet kan jämföras med NJA 1968 s. 19, som gällde ersättning för nyttjande av en villafastighet som tillhörde den make som flyttat (ersättning utgick) och NJA 1983 s. 255, som rörde en liknande situation, där ingen ersättning utgick.

I 2006 års fall, liksom i NJA 1968 s. 197, finns det kopplingar till obehörig vinst-temat. Temat framträder tydligare i ett senare avgörande.⁵⁷ Omständigheterna i NJA 2019 s. 23 – ”Den betalande sambon” – var att en person, A, hade betalat för bl.a. arbeten som utfördes på sambon B:s fasta egendom. Därefter upplöstes samboförhållandet. A ville få ersättning för sina utgifter och hänförde sig till obehörig vinst-principen.

2019 års fall rörde familjerättsliga och bevisrättsliga spörsmål som saknar intresse i förevarande sammanhang. Det som har relevans är just de vinsträttsliga aspekterna av målet – kan en sambo som lagt ned pengar som medfört förbättringar på den andra sambons fasta egendom erhålla ersättning med stöd i principen eller möjligen principerna om obehörig vinst? HD uttalar därvid följande (p. 20).

Obehörig vinst kan användas i olika betydelser. Det kan vara fråga om obehörig vinst som en övergripande princip (metanorm) som ligger bakom och kan förklara olika regler i rättssystemet och som kan påverka rättstillämpningen på olika sätt, t.ex. som en faktor av betydelse när regler ska tolkas. Uttrycket obehörig vinst kan emellertid också referera till en självständig rättsregel. Det är framför allt i det sist nämnda hänseendet som det i svensk rätt har intagits en avvisande, eller åtminstone skeptisk, inställning till obehörig vinst. Huruvida denna inställning har varit motiverad kan diskuteras. I detta mål är det emellertid inte fråga om rättsfigurens ställning i allmänhet. Frågan gäller enbart om en självständig regel om obehörig vinst bör tillämpas i den här aktuella situationen, dvs. när en sambo har tillfört ett värde till den andra sambons egendom och samborna därefter separerar.

Det här är svårtolkat. HD framhåller att målet inte handlar om huruvida obehörig vinst är en allmän rättsprincip, ”finns” eller inte, men fortsätter därefter med att resonera kring om denna princip ändå ska användas i det enskilda fallet. Det senare framstår som en meningslös exercis om det inte ö.h.t. finns någon regel. Bedömningen i sig bekräftar snarast, enligt min mening, om än det blev en aning kryptiskt uttryckt, att det finns en allmän obehörig vinst-princip. I sak landar HD:s majoritet i att den betalande sambon inte skulle anses ha en rätt till ersättning. (Minoriteten bestående av två justitieråd kom till motsatt slutsats på obehörig vinst-grund, efter en komparativrättslig analys.)

7. Obehörig vinst-principen?

I början av 2021 höll Stockholm Centre for Commercial Law – som Jan Kleineman grundat – ett seminarium om obehörig vinst och immaterialrätt

⁵⁷ Fallet kommenteras i Göran Lind, HD:s nej till obehörig vinst mellan sambor, JT 2019–20, s. 189 ff.

med avstamp i David Johanssons avhandling som bl.a. berör vinstspörsmål.⁵⁸ I den efterföljande diskussionen ställdes frågan: "Är det verkligen en god idé att introducera obehörig vinst som en allmän princip i svensk civilrätt när den har oklara gränser och det är oklart vad den kan innebära?"

Frågan passar väl in i Jan Kleinemans kritik. Men är den inte egentligen felställd? Frågan borde kanske snarare vara "Har den allmänna obehörig vinst-principen upphört att vara en del av gällande rätt?" Det är nämligen något ovanligt som har hänt med vinstprincipen. Den har gått från att under 1900-talets första decennier betraktas som ett givet inslag i den civilrättsliga floran till att ifrågasättas. Men prejudikaten finns ju kvar. Det finns inga tydliga uttalanden från HD om att principen har förpassats till rättshistorien. Det närmaste vi kommer är att HD:s majoritet, till skillnad från minoriteten, i Den betalande sambon inte ville ta ställning till principen, men det går inte att tolka dessa domskäl som något avståndstagande.

Uppfattningen att obehörig vinst inte utgör en allmän rättsgrundsats måste innebära antingen att jag missförstått de nu ålderstigna prejudikaten – en möjlighet är att de ska betraktas som mer kasuistiskt hållna avgöranden som enbart träffar just skogsavverkningsfallen – eller att denna praxis blivit obsolet. Det fanns en allmän rättsprincip men den finns inte längre.

Hur det än är med den saken så talar redan den omständigheten att vinstprincipen ifrågasätts för att det finns skäl, om man delar min uppfattning, att redogöra för vilka argument som kan tala för att man *bör* betrakta obehörig vinst som en allmän princip. Med det menar jag inte i första hand vilka rättspolitiska argument som talar för att svensk rätt behöver principen. Vad som avses är vilka teoretiska argument som kan anföras för att obehörig vinst ska betraktas som ett fruktbart inslag i den civilrättsliga diskussionen, som en fiktion som gör nytta i systemet.

Ett sätt att förhålla sig till temat är att rada upp ett antal regler och prejudikat där ett ersättningsanspråk har relaterats till vinst och på induktiv grund argumentera för att dessa olika situationer tillsammans talar för obehörig vinst-principen. Det finns ett knippe regler i handelsbalken, föräldrabalken och växellagen som brukar återkomma i dessa sammanhang. Metoden har kritiserats av Hellner.⁵⁹ Som metod betraktad finns det inget fel med att spåra tecken på den allmänna obehörig vinst-principen i olika regler i lag för att ur dessa försöka härleda en allmän norm. Det är å andra sidan inget fel med att välja motsatt inställning heller, dvs. att avhålla sig från att göra antaganden om att dessa regler vilar på någon allmän och djupare norm. Denna metodfråga är närmast en smaksak.

Istället för att söka efter vinstargument i lag är ett alternativ att föra samman vissa allmänna rättsprinciper av mer konkret slag som grund för ett induktionsslut. *Condictio indebiti* är ett uppenbart exempel men även

⁵⁸ David Johansson, *Skada och ersättning vid immaterialrättsliga intrång*, Uppsala 2020.

⁵⁹ Jmf. Jan Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen*, Stockholm 2001, s. 134 f.

compensatio lucri cum damno. Båda dessa principer behandlas i andra rättsordningar som typiska inslag i en obehörig vinst-juridik. Det här innebär alltså motsatsen till det vanliga argumentationsgreppet att härleda t.ex. *condictio indebiti* deduktivt ur en allmän rättsprincip. Istället formuleras obehörig vinst, som en allmän och djupare rättsprincip, utifrån de mer konkreta principerna.

Närmare till hands ligger enligt min mening att söka stödet för en allmän obehörig vinst-princip i andra former av obehörig vinst-argument. Tag HD:s ovan diskuterade uttalande om att rätten till återkrav i *condictio indebiti*-situationer har sin förklaring i att mottagaren annars skulle göra en obehörig vinst.⁶⁰ Denna hänvisning till en rättspolitisk vinstprincip kan användas som stöd för att en vinstprincip bör betraktas som en av civilrättens principer. Värderingen finns redan s.a.s. uttryckt i en allmän form i detta prejudikat. Från en allmän rättspolitisk obehörig vinst-princip behöver inte steget vara så långt till att betrakta den som en positivrättslig allmän rättsgrundsats. På ett liknande sätt kan det citerade uttalandet från HD att fallet *Auto-West* i realiteten – trots att den ersättning som dömdes ut var skadestånd – handlade om ”allmänna principer om obehörig vinst” betraktas. Även om man väljer en snäv läsning av detta uttalande så utgör formuleringen ändå ett uttryck för att vinstprincipen i någon form är en del av systemet. Varför inte läsa detta som ett stöd för en allmän obehörig vinst-princip?

I diskussionen ovan om vad som gör en allmän rättsprincip till gällande rätt togs några ytterligare exempel på argument som kan fungera som stöd. Därvid nämndes att historiska argument kan tala för en allmän princip, liksom komparativrättsliga iakttagelser. Obehörig vinst-principen har gamla anor. Den är därtill ett självklart inslag i de flesta rättsordningar, inklusive europarätten.⁶¹ Samtliga de argument som togs upp som relevanta i bedömningen av om det finns en viss allmän rättsprincip träffar väl in på obehörig vinst-principen.

Avslutningsvis kan det finnas anledning att beröra vilka implikationer det skulle kunna få att en allmän obehörig vinst-princip accepteras i svensk rätt. Hos Jan Kleineman botten kritiken mot att lyfta in vinstprincipen i den positivrättsliga värmen inte bara i metodologiska överväganden utan även i en oro vad en sådan princip skulle kunna medföra för problem. Hur stor betydelse skulle principen i sådana fall få? Min egen uppfattning är att ett

⁶⁰ Jag har betraktat detta som en obehörig vinst-motivering – vinstargumentet är rättspolitiskt och anförs till stöd för en rättsregel – men det är också möjligt att se det som en tillämpning av en vinstregel. Så såg Hellner på fallet; Jan Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen*, Stockholm 2001, s. 133, n. 31.

⁶¹ Angående rötterna i den romerska rätten kan hänvisas till James Gordley, *Foundations of Private Law*, Oxford 2006, kap. 19. Angående det komparativrättsliga påståendet, se Bénédicte Fauvarque-Cosson, *The Need for Codified Guiding Principles and Model Rules in European Contract Law*, i: Roger Brownsword m.fl. (red.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford/Portland, Oregon 2011, s. 77.

allmänt erkännande av principen, t.ex. i ett prejudikat, inte skulle få några dramatiska effekter. Den skulle närmast kunna utgöra en säkerhetsventil i vissa speciella situationer.

Det kan konstateras att svensk rätt inte har lika stora behov av en princip av det här slaget som andra rättsordningar. Domstolarna ser vanligtvis inget behov av att ta en omväg runt obehörig vinst för att hantera effekterna av ogiltiga avtal, vilket kan vara fallet i andra länder.⁶² Något större behov av att söka stöd i en allmän obehörig vinst-princip för att hantera misstagsbetalningar eller nyttoavdrag finns knappast heller, när dessa situationer kan hanteras under mer precisa principer.

En allmän rättsgrundsats om obehörig vinst skulle ligga på en djupare nivå av de allmänna principer som civilrätten innehåller, i likhet med t.ex. principen om full ersättning. Principer av det slaget används sällan som ett självständigt argument utan har snarare funktionen av att utgöra ett riktmärke i vissa valsituationer.

Den huvudsakliga funktionen med ett tydligt konstaterande att det finns en allmän rättsprincip skulle vara att utgöra ett sådant riktmärke. Därtill skulle den kunna utgöra ett stöd för ersättningar i vissa situationer där det idag är oklart om hur långt skadeståndsrättens skydd sträcker sig, t.ex. då någon har haft ekonomiska fördelar av ett ansvarsgrundande handlande som är större än skadan. Viktigast är dock att en allmän obehörig vinst-princip kan användas som stöd för att hantera situationer som den i Auto-West utan att behöva töja för mycket på begrepp i andra civilrättsliga discipliner.

⁶² Se allmänt på temat Sven Bramsjö, *Om avtals återgång*, Lund 1950. Torbjörn Ingvarsson behandlar ämnet i *Ogiltighet och rättsföljd*, Stockholm 2012, s. 103 ff.