

# Restitusionskrav

- En samlebetegnelse eller én lære?

Claes Martinson, Göteborg, Norden

Illustration (1) av skillnader mellan ett steg framåt och ett steg bakåt:

Försäljning av 12 veckors hundvalp för 25 tkr, vilket är 10 tkr mindre än marknadspris. Ogiltig pga säljarens underårighet. Ett års varaktighet, dvs ett år sedan köpet. Affektionsvärde för köparen har upparbetats över denna tid. Köparen har tränat hunden att interagera med människor och lyda vardagskommandon. Säljaren har för sin förmyndare uppgivit att valpen blev stulen utanför mataffären. Av köpeskillingen 25 tkr har säljaren använt 12 tkr till droger och 6 tkr till mat och 7 tkr till kläder. Hunden har under året drabbats av en sjukdom som innebär livslång medicinering och en kostnad som i nuläget antas bli 1 tkr per år.



# Temat kring "restitution" har på senare tid rönt intresse

Exempel:

\* NJA 2021 s 1073 (Skatt och legat)

Dag Mattsson 2021 (JustR) "generella restitutionsrättsliga regler och principer"

- (Patrik Emblad och Claes Martinson 2022, under publicering)

Marigó Oulis 2021 om värdeersättning vid vissa slag av återgång

Marianne Aagaard 2019 om verkningar av ogiltighet

Torbjörn Ingvarsson 2012 om ogiltighet och rättsföljd

Hilde Hauge 2009 om ogiltighet

Stinne Richter Berg 2008 om rättsverkningar av ogiltighet och hävning

+ allmänna avtals- och obligationsrättsliga studier och framställningar, minnebok,

... m fl, etc.

## Fråga:

Restitutionskrav – En samlebetegnelse eller én lære?

## Svar (resultat):

Antagligen ingen anledning att tala om en lära, och kanske inte ens vettigt att tala om en samlingsbeteckning.

## Metoder:

- 1) Analys av variabler hos fall av återgång och återställande (jfr restitution).
- 2) Metaanalys av vad andra forskare har framhållit om hanteringen av fall av återgång och återställande.
- 3) Reflektion kring likheter och skillnader med den nordiska hanteringen av fenomenen äganderättens övergång, obehörig vinst, fordrans uppkomst.
- 4) Trevande analys av hanteringen (främst tankeprocesserna) utifrån en alternativ utgångspunkt.

1) Analys av variabler hos fall av återgång och återställande (jfr restitution).

Återgång och återställande (restitution)  
... kan aktualiseras i en rad olika sammanhang.

Varje fall av övergång eller förändring kan leda till krav på återgång eller återställande.

Ett sätt att kategorisera fallen för återgång/återställande (jfr andra sådana analyser) –

## Rättsgrunder

- avtal som strider mot legala förbud, pactum turpe
- formaliabrister (exempelvis bristande skriftform)
- grovt tvång, utpressningstvång,
- svek, rättshandlande mot tro och heder
- ocker
- misstag avseende form, misstag avseende innehåll,
- förfalskning,
- oskälighet,
- bristande förutsättningar,
- psykisk störning,
- bristande rättshandlingskapacitet (föräldrabalken 9:7),
- behörighets och befogenhetsöverskridande; enligt AvtL, BL, ABL, etc,
- misstagsprestation (condictio indebiti),
- ”obehörig vinst”
- återvinning i konkurs, och rekonstruktion,
- olaglig värdeöverföring; enligt ABL, ärvdabalken 21:4–6 (arvskifte), äktenskapsbalken 8:3 (gåva),
- besittningsbrytande brott
- hävning av avtal; enligt bl a KöpL, JB 4, 12, mfl.
- uppsägning av avtal; enligt bl a JB 12, mfl.
- krav på återlämnande av pant (efter betalning)
- krav på återlämnande av objekt som lämnats för utförande av tjänst (efter betalning)

(De flesta rymmer i sig fall med många olikheter; vilket också påpekas i andra studier på temat)

## ”Restitutionskravet” kan grunda sig på intresset av:

- avtal som strider mot legala förbud, pactum turpe
- formaliabrister (exempelvis bristande skriftform)
- grovt tvång, utpressningstvång,
- svek, rättshandlande mot tro och heder
- ocker
- misstag avseende form, misstag avseende innehåll,
- förfalskning,
- oskälighet,
- bristande förutsättningar,
- psykisk störning,
- bristande rättshandlingskapacitet (föräldrabalken 9:7),
- behörighets och befogenhetsöverskridande; enligt AvtL, BL, AE
- misstagsprestation (condictio indebiti),
- ”obehörig vinst”
- återvinning i konkurs, och rekonstruktion,
- olaglig värdeöverföring; enligt ABL, ärvdabalken 21:4–6 (arvski
- besittningsbrytande brott
- hävning av avtal; enligt bl a KöpL, JB 4, 12, mfl.
- uppsägning av avtal; enligt bl a JB 12, mfl.
- krav på återlämnande av pant (efter betalning)
- krav på återlämnande av objekt som lämnats för utförande av

- skydd av kollektivt intresse; renodlat eller delvis,
- skydd av svagare part,
- skydd av utnyttjad part,
- att inte ge företräde för ond tro, eller rent av kvalificerad ond tro
- att inte ge företräde för vållande,
- att inte ge utbyte av brottsliga gärningar; av olika grad av förkastlighet
- att rätta till misstag; ursäktliga, oursäktliga,
- att hantera vad som var upptäckbara respektive oupptäckbara brister i en relation,
- att korrigera oskälighet/obalans; ursprunglig eller senare tillkommen,
- att korrigera felaktiga förutsättningar,
- att korrigera bristande kapacitet; särskilt skyddsvärd av olika slags anledningar,
- att korrigera orättvisa,
- skydd för borgenärsintressen,
- att minimera risk för förtjänst på tredje mans bekostnad,
- att ge möjlighet att agera mot bristande uppfyllande av förpliktelse,
- att ge möjlighet att agera i anledning av förtroendebrist,
- ge möjlighet att agera när kommersiell kalkyl talar för det,
- ge möjlighet att agera för att ta sig ur en inte längre önskad relation,
- att ge möjlighet att genomdriva krav på fullföljande av avtal,
- m fl.

- avtal som strider mot legala förbud, pactum turpe
- formaliabrister (exempelvis bristande skriftform)
- grovt tvång, utpressningstvång,
- svek, rättshandlande mot tro och heder
- ocker
- misstag avseende form, misstag avseende innehåll,
- förfalskning,
- oskälighet,
- bristande förutsättningar,
- psykisk störning,
- bristande rättshandlingskapacitet (föräldrabalken 9:7),
- behörighets och befogenhetsöverskridande; enligt AvtL, BL, AE
- misstagsprestation (condictio indebiti),
- ”obehörig vinst”
- återvinning i konkurs, och rekonstruktion,
- olaglig värdeöverföring; enligt ABL, ärvdabalken 21:4–6 (arvski)
- besittningsbrytande brott
- hävning av avtal; enligt bl a KöpL, JB 4, 12, mfl.
- uppsägning av avtal; enligt bl a JB 12, mfl.
- krav på återlämnande av pant (efter betalning)
- krav på återlämnande av objekt som lämnats för utförande av

## Fallen är olika också av andra skäl:

- I vissa fall är det fråga om rättsgrunder som syftar till att hantera de närmast inblandade subjekten, och i andra fall går rättsgrunden ut på att hantera relationer med tredje man.
- I vissa fall är det klart att den som blir krävd kan välja att fullgöra genom **kompensation**, **utan att återlämna**; exempel återvinning i konkurs, värdeöverföring.
- I vissa fall är den som blir krävd i **god tro** och i andra i **ond tro**, eller rent av i **kvalificerat ond tro**, vilket ger skillnader beträffande de bakomliggande intressena.
- I vissa fall har subjekten inte alls reglerat sitt förhållande utan relationen kan rent av ha uppstått **enbart på ett subjekts initiativ**, i andra fall är det fråga om **ömsesidighet** och att parterna tillsammans agerat för att reglera sin relation.
- I vissa fall har subjekten gjort försök till **intern reglering** (avtalet) som inte längre skall tillmätas betydelse för att den krävande parten har rätt till det redan från början, och i andra fall pga motpartens **senare agerande**; dvs ogiltighet respektive hävning; vilket ger skillnader beträffande de bakomliggande intressena.
- OSV.



# Hanteringen av intresseemotsättningarna behöver också med viss nödvändighet variera med variationen av objekt

fastighet,  
lösöre,  
fordran,  
rättighet,  
skepp,  
luftfartyg,  
etc.

- fungibelt eller specifikt
- unikt, icke unikt, eller unikt men någorlunda utbytbart
- fluktuerande marknadsvärde eller stabilt marknadsvärde
- affektionsvärde eller utan affektionsvärde
- bestående, konsumerande, eller självrealiserande
- förändringsbenäget (dynamiskt) eller förändringsobenäget (konstant)
- bearbetbart eller svårbearbetbart/fixerat
- återlämningsbart eller oåterlämningsbart (m h t kostnaderna)
- åtkomligt eller oåtkomligt (numera)
- etc.

En bok; nytt exemplar eller begagnat, En bil; begagnad eller ny, En industrirobot; begagnad eller ny, En designad vas tillverkad i ett enda exemplar, En diamant; med namn eller namnlös, En oljemålning, Säd av viss sort och kvalitet, Olja av viss sort och kvalitet, Timmer av viss sort och kvalitet, Djur (hund, undulat, papegoja, ko, häst), Fordran, Aktier (börsnoterade, onoterade, aktiemajoritetspost), Lokal, Verksamheter (butik, fabrik, tjänsteverksamhet), Patent, Patentlicens, Upphovsrätt, Upphovsrättslicens, etc.

... samt med variationer av subjektens egenskaper, varaktigheten i subjektens relation, och hur subjekten använder objektet

- underårig, otillräknelig, (se ovan rättsgrunderna)
  - näringsidkare, konsument, juridisk person, fysisk person,
  - subjektet är bra för objektet, subjektet har behov av just objektet, etc.
  - allmänna sociala skyddsintressen
- kortvarig relation
  - långvarigt inrättat sig efter förhållandena
- den nytta som objektsinnehavaren/gäldenären har haft av objektet varierar med omständigheterna
  - den olägenhet som det subjekt som kräver utstått varierar med omständigheterna

Vad går att identifiera i detta underlag?

Slutsatsen av analysen är att det finns många variabler i fallen av återgång och återställande.

- Saken kan här uttryckas som att restitutionskravssammanhangen ser mycket olika ut.

Slutsatsen kan, men måste inte, användas som argument emot att tala om en allmän lära.

2) Analys av vad andra forskare har framhållit om hanteringen av fall av återgång och återställande.

Vad behöver jurister använda för verktyg för att hantera fall med så många variabler?

(Vad har andra forskare och jurister uttryckt om hanteringen?)

Normativt svar:

”Av allmänna rättsgrundsatser följer, att om ett avtal är ogiltigt, **vardera kontrahenten är förpliktad att återbära** vad han uppburit på grund av avtalet.”

- NJA 1963 s 195

Ogiltighet och obundenhet skall jämföras med reglerna om **hävning** till följd av avtalsbrott.  
- NJA 2008 s 392, prop. 1975:102 s. 94 och 116 samt 65 § köplagen analogt, Christina Ramberg, Avtalslagen 2020, avsn 5.2.3.

## Normativt svar, fortsättning 1:

”Restitution omfattar [även] **avkastning** på den tillgång som ska återgå samt **ersättning för den nytta** som fullmaktsgivaren haft av prestationen innan den återgår.

Om restitution avser penningprestation, ska **avkastningsränta** utgå från den dag betalningen mottogs.

Restitution omfattar **ersättning för kvalitetsförsämringar** som skett under tiden mellan prestation och återgång.”

- Christina Ramberg, Avtalslagen 2020 avsnitt 5.2.3

## Normativt svar, fortsättning 2:

”Varder avtal, som underårig ingått utan erforderligt samtycke, ej gällande, **bäre envar åter vad han mottagit eller utgive, om det ej kan ske, ersättning för dess värde.**”

- Föräldrabalken 9:7

## Normativt svar, fortsättning 3:

”Utgångspunkten vid all återgång är att **prestationerna ska gå åter. Detta är huvudregeln** vid hävning av köp, vid återvinning i konkurs och vid ogiltighet enligt avtalslagen. Det är dessutom vad som gäller vid *condictio indebiti*, och vid vindikation.”

- Marigó Oulis 2021 s 149



## Normativt svar, fortsättning 4:

”Den **allmenne oppfatningen** i dagens teori er at ugyldighet innebærer at løftegiver kan kreve sin posisjon gjenopprettet, og at det som hovedregel skall skje ved at partene leverer de mottatte ytelsene tilbake. ... en aktuell virkning av ugyldighet kan være at **forholdet skall gjenoprettes slik det var før avtaleinngåelsen.**”

- Marianne Aagaard 2019 s 136-137

”Det løftegiver kan kreve, og som **ordet restitusjon sikter til**, er **gjenoppretting til situasjonen slik den var før avtaleinngåelsen.**”

- Aagaard 2019 s 462 + värderestitution s 469f

”Den allmenne oppfatningen i dagens teori er at ugyldighet innebærer at løftegiver kan kreve sin posisjon gjenopprettet, og at det **som hovedregel skall skje ved at partene leverer de mottatte ytelsene tilbake.** ... en aktuell virkning av ugyldighet kan være at forholdet skall gjenoprettes slik det var før avtaleinngåelsen.”

- Aagaard 2019 s 136-137

Men, samtidigt bäddas det normativa svaret in i en mängd förbehåll ...

# Förbehåll ex 1

”Ogiltighetsreglernas skilda syften talar för att de kan leda till olika rättsföljder beroende av den enskilda **regelns ändamål.**”  
– Jon Kihlman 1999 s 329

”Det första steget för att kunna knyta samman ogiltighetsregel med lämplig rättsföljd är att fastställa **ogiltighetsregelns syfte.**”  
- Torbjörn Ingvarsson 2012 s 56

## Förbehåll ex 2

"Den allmenne oppfatningen i dagens teori er at ugyldighet innebærer at løftegiver kan kreve sin posisjon gjenopprettet, og at det som hovedregel skall skje ved at partene leverer de mottatte ytelsene tilbake. ... en aktuell virkning av ugyldighet kan være at forholdet skall gjenoprettes slik det var før avtaleinngåelsen. Det vil imidlertid **ikke alltid være opplagt hvordan gjenoppretting skal skje.**"

- Marianne Aagaard 2019 s 136-137

"... et overordnet **bilde av en langt mer sammensatt virkelighet**"

- Aagaard 2019 s 472

"Det kan også tenkes at en og samme ugyldighetsgrunn kan gi **ulike virkninger i ulike situasjoner.** ... Det er ... stor variasjon i reglene som kan anses som ugyldighetsgrunner. -

- - Min hypotese er at en konklusjon om at løftegiver kan kreve restitusjon ikke gir et fullgodt svar på spørsmålet om hvilke virkninger ugyldighet har og heller ikke med tilstrekkelig presisjonsnivå identifiserer hva restitusjon som ugyldighetsvirkning innebærer. - - - Om ugyldigheten anses å ha tingsrettslige virkninger i én situasjon, betyr det altså ikke at den må ha det også i en annen."

- Aagaard 2019 s 24, 37 och 46.

## Förbehåll ex 3

”... vill jag lyfta att det, särskilt vid ogiltighet, är **många parametrar som måste bedömas var för sig, och vägas mot varandra** innan det går att uttala sig om eventuella analogiers tillämplighet. Jag menar alltså att det **inte går att uttala sig på ett generellt och allmängiltigt** sätt om man vid ogiltighet 'ska' analogisera från jordabalken, konkurslagen eller från köplagen.”

- Marigó Oulis 2021 s 220, jfr liknande s 286

## Förbehåll ex 4

”I svensk lagstiftning saknas, i motsats till vad som är fallet i många andra länder, allmänna bestämmelser om att rättshandlingar som strider mot lag eller goda seder är ogiltiga. Ogiltighet kan i stället följa av allmänna rättsgrundsatser. Huruvida ett avtal som strider mot lag är ogiltigt, trots att detta inte angivits i lagen, beror på om den lagregel som överträtts bygger på sådana hänsyn som gör att en ogiltighetspåföljd är påkallad. Detta får avgöras **i varje uppkommande typfall**, efter en analys av **syftet med lagregeln**, behovet av en ogiltighetspåföljd för att sanktionera den och **de olika konsekvenser som en sådan påföljd kan medföra**, t ex för godtroende medkontrahenter.” (JustR i NJA 1997 s 93 Näringsförbud)

”Att ålägga en godtroende besittare en generell skadeståndsplikt för värdeminskning förefaller dock väl hårt. Fall kan otvivelaktigt förekomma, då det ligger närmare till hands att låta den vinnande bära en värdeminskning. ... bör därför avträdarens skadeståndsskyldighet icke vara undantagslös utan **ett visst utrymme bör finnas att kunna taga hänsyn till omständigheterna i det särskilda fallet.**” (Prop 1970:20 del A, lagrådet, s 226)

## Förbehåll ex 5

”Man har som det vil sees, ikke opstillet nogen almindelig regel om, hvad det vil sige at en viljeserklæring blir ugyldig. Hverken med hensyn til ugyldighetsgrundens indflydelse parterne imellem – om erklæringen altid blir **helt ugyldig eller ogsaa kan bli bare delvis ugyldig** – eller med hensyn til dens indflydelse overfor senere erhververe, er man gaat ind paa dette spørsmaal.

I den første henseende skal man bemerke: Ugyldighetsgrunden kan snart ha inficert hele erklæringen og snart bare en del av den. I første tilfælde blir selvfølgelig hele erklæringen ugyldig. I siste tilfælde blir bare en del av den ugyldig, hvis det under foreliggende forhold er mulig at dele den i to: lar detta sig ikke gøre, maa den bli ugyldig i sin helhet.” (Förarb till Avtaleloven 1914)

På grund av variablerna/olikheterna mellan fallen framhålls att rättsföljderna skall variera med bl a:

- den enskilda regelns ändamål
- situationen
- typfallet
- riskerna
- bakgrunden till relationen; avtal eller annan
- vad som eventuellt avtalats
- vad som är tillräckligt för att läka relationen
- hänsyn till intresset hos den som framställer krav; värde eller objekt
- vad den som kräver föredrar avseende påföljd
- vad den som blir krävd har intresse av avseende påföljd; notera återvinning och värdeöverföring
- etc



Vilket är förhållandet mellan det normativa svaret och förbehållen?

Är det fråga om ett schablonverktyg som skall användas som regel och ge schablonlösningar, utom i de fall där undantag görs pga förbehållsfaktorerna?

Finns det i så fall anledning att betrakta schablonverktyget och undantagen som en allmän lära för hur fallen skall hanteras?

Hur beskrivs hanteringen av fallen?

Flera utsagor om hanteringen av fallen pekar på att det handlar om något mer nyanserat än att använda en schablon för att nå schablonlösningar, och att göra vissa undantag ...

## Hur beskrivs hanteringen av fallen? ex 1

”... praxis är oftast tydligt inriktad på att slita tvisten mellan parterna i **det enskilda fallet**. Få fall innehåller principiella uttalanden om ogiltighetens rättsföljder och än färre något mer allmänt om relationen mellan ogiltigheten och dess rättsföljder. Bedömningen i de avgjorda målen är ofta **påfallande konkret och inte sällan kommer skälighetsbedömningar att vara av betydelse** för utfallet.”

- Torbjörn Ingvarsson 2012 s 47

”Avvägningen mellan partiell ogiltighet och fullständig ogiltighet måste **i de flesta fall göras konkret**.”

- Ingvarsson 2012 s 68

”Slutligen går det dock inte att blunda för att såväl parter som domstolar ... av praktiska skäl måste utöva ett **betydande mått av skön** när parternas krav skall fixeras och återgången förverkligas.”

- Ingvarsson 2012 s 19

## Hur beskrivs hanteringen av fallen? ex 2

"Efter oppfyllelse bør løftegiver derfor ha en mer presis oppfatning om hva hun ønsker å oppnå under henvisning til ugyldighetsinnsigelsen, og la denne komme til uttrykk i påstandsformuleringen. For å være sikret en dom som kan tjene som tvangsgrunnlag for endringen hun mener ugyldighetsinnsigelsen danner grunnlag for, **må hun altså beskrive den faktiske situasjonen hun ønsker å oppnå.**"

- Marianne Aagaard 2019 s 35

## Hur beskrivs hanteringen av fallen? ex 3

”Det er på det rene at ugyldigheten som utgangspunkt bare rammer [ett visst avtalsvillkor i fallet]. Skal den gis virking for resten av avtalekomplekset, må det være fordi **en konkret vurdering av sammenhengen** i avtalene tilsier at ugyldighetsgrunnen må ha en slik rekkevidde. I denne vurdering er det for meg vesentlig at avtalekomplekset regulerer en rekke forhold ... og at dette har medført **faktiske posisjoner som det er vanskelig å se hvordan praktisk sett skal kunne reverseres**. ... avtalene har hatt og har fremdeles viktige tilsiktede funksjoner. Ugyldigheten **bør derfor bare være partiell**.”

- Høyesterettsdommer Kaasen i Rt 2006 s 168, till vilka övriga anslöt sig.

## Hur beskrivs hanteringen av fallen? ex 4

”Att ett avtal är ogiltigt innebär inte med nödvändighet att det saknar varje rättsverkan. ... Om ... prestation har skett i enlighet med ett avtal, som strider mot lag eller goda seder, saknar den presterande i vissa fall laglig rätt att kräva tillbaka det han utgivit, medan i andra fall **en uppgörelse mellan parterna kan tillåtas ske, vilken också kan prövas av domstol.**”

- JustR i NJA 1997 s 93 Näringsförbud

## Hur beskrivs hanteringen av fallen? ex 5

Domarutsagor som dessa har i en normativ systematisering lett till valet att hävda en generell norm, som kan ses som ett verktyg som kan användas generellt för att specialkomponera lösningarna:

”... [www.avtalslagen2020.se](http://www.avtalslagen2020.se) speglar rättsföljderna i 36 § avtalslagen 1915 och **använder inte begreppet ogiltighet.**”

- Christina Ramberg framställer i Avtalslagen 2020 jämkning som huvudsaklig rättsföljd även i ogiltighetsfallen, dvs hon **pekar ut en lösning som går ut på att anpassa lösningen utifrån omständigheterna**, se avsnitt 5.2.3.

## Hur beskrivs hanteringen av fallen? ex 6

- "... skadeståndsrättsliga argument, särskilt på gränsen mellan kontrakt och delikt, får stort utrymme i studien [om värdeersättning vid återgång]. Jag **lånar så att säga skadeståndsrättens form och lösningar** ... Skadeståndsrätten är ... väldigt **bra på att hantera** värderingsfrågor och på diskussioner rörande ersättning för det oersättliga."
- Marigó Oulis 2021 s 31–32



## Hur beskrivs hanteringen av fallen? ex 7

”... hävningspåföljden liksom andra typer av kontraktsbrott **syftar till att ge borgenären kompensation** för det inträffade kontraktsbrottet.”

- Anna Christensen 1970 s 2, 233–236

Notera: Christensen underkänner därmed inte bara tanken om att prestationerna skall återgå vid hävning, utan t o m tanken om – ”hävningspåföljdens funktion, sådan den formulerats i doktrinen, nämligen **att försätta borgenären i samma läge som om något avtal aldrig ingåtts.**”

En tanke som hon menar ”bäddar för en ... **felaktig lösning** av vissa intressekonflikter.”

- Christensen 1970 s 2 och 27–30

”Hävning bör inte karaktäriseras som en speciell metod för beräkning av ersättnings storlek vid kontraktsbrott. Det för hävningspåföljden karaktäristiska är att den ekonomiska effekten uppkommer genom **ett kvittningsförfarande** som ger ett saldo till den hävandes förmån. Detta saldo kan komma att överstiga eller understiga det belopp som skulle ha utgått om den hävande i stället hade tillerkänts skadestånd, men det är inte dessa avvikelser som främst karaktäriserar hävningspåföljden jämfört med andra påföljder. ...”

- Christensen 1970 s 53

## Hur beskrivs hanteringen av fallen? 8

Intressant nog legitimerar Christensen detta med **det skandinaviska förhållningssättet**.

- Hon menar att hävnings-**rättsföljderna varierar starkt beroende på omständigheterna**.

”Det kan här inte bli fråga om att *räkna upp* samtliga de rättsföljder och rättsföljdscombinationer som hänförs till samlingsbegreppet hävning. Inte heller vill jag försöka ge en definition av begreppet som tar fasta på viss eller vissa egenskaper, vilka återfinns hos de olika rättsföljder och rättsföljdscombinationer som kallas hävning men inte hos någon annan rättsföljd. **En sådan definition blir så abstrakt** att den, om den formuleras inledningsvis, innan läsaren orienteras om *i förhållande till vad* begreppet genom definitionen skall avgränsas, inte kan fylla någon beskrivande funktion. Istället måste man gå fram steg för steg och i tur och ordning samt med användande av olika typer av definitioner avgränsa begreppet från olika grupper av på det ena eller det andra sättet med hävning besläktade rättsföljder.”

- Christensen 1970 s 3–4

Det finns (således) flera exempel på beskrivningar av hanteringen av fallen som kan uppfattas som att denna hantering handlar om något annat än en allmän lära i form av att använda en schablon för att nå schablonlösningar, och att göra vissa undantag från denna.

Vad

- i) mängden variabler innebär, och

- ii) vad hanterings-utsagorna beskriver, är

att det är handlar om så många olikheter

- iii) att juristen i hanteringen har anledning att vara mycket öppen för att beakta omständigheterna och kontexten.

Men, ...

Finns det i så fall kanske anledning att tala om en allmän lära av innebörden

- schablon om återgång och återställande,
- men med undantag för justering av resultatet, och
- med en justeringsprocess som ger öppenhet för omständigheterna?

Kan något sådant fungera som en allmän lära?

3) Reflektion kring likheter och skillnader med den nordiska hanteringen av fenomenen äganderättens övergång, obehörig vinst, fordrans uppkomst.

... Kan något sådant fungera som en allmän lära?

Det går (förstås) att göra den bedömningen på olika sätt.

Ett sätt att bedöma saken är att utgå från ett nordiskt angreppssätt, såsom det ter sig i hanteringen av koncept som äganderättens övergång, obehörig vinst och fordrans uppkomst.

Med ett sådant perspektiv bli bedömningen

- att det finns risk för att läran inte ger tillräcklig öppenhet, och
- att det finns risker med att använda den fiktions som återgång och återställande (restitution) innebär. Fiktionen kan leda tanken i banor som det med ett nordiskt perspektiv anses relevant i sig att undvika; pga risk för bristande realism och brist på utrymme för hänsyn till realiteterna.

... Kan något sådant fungera som en allmän lära? forts 2

Fiktions?

– Tanken om att återställa till ett läge som en gång varit innebär att använda en fiktion som redskap

- - är en fiktion eftersom det är omöjligt att återställa förhållandena som de var.

(Notera: I vissa nya förhållanden anses det därtill rent av omöjligt att backa tillbaka; blockchain.)

... Kan något sådant fungera som en allmän lära? forts 3

Om jurister tänker att de skall

- utgå från återgång och återställande och därför i de fall där detta är orealistiskt
- försöker simulera återgång, för att sedan därtill
- justera det simulerade, så är risken ...
- i) att tankeprocessen inte blir särskilt öppen för att beakta omständigheterna och kontexten, utan begränsad av restitutionsföreställningen.
- ii) att tankelinjen leder till lösningar/rättsföljder som kan ha tendenser till att vara verklighetsfrämmande.

Tanken om återgång och återställande kan helt enkelt bli styrande i högre grad än vad som är önskvärt med hänsyn till vad som behöver hanteras.



#### 4) Trevande analys av hanteringen utifrån en alternativ utgångspunkt.

... Kan något sådant fungera som en allmän lära? forts 4 a

Är det möjligt att prioritera öppenheten, genom att undvika restitutionsföreställningen?

- Det går att låta bli att börja med återgångsledet, för att istället låta återgång och återställande komma till användning först om omständigheterna pekar på att det passar att konstruera lösningen/rättsföljden så.

- Utgångspunkten blir då istället omständigheterna som föreligger, och perspektivet blir att det handlar om att överväga **i vilken riktning steget skall tas** (ta ett steg framåt, bakåt eller åt sidan);  
för att lösa en situation utifrån var relationen hamnat i för läge.

... Kan något sådant fungera som en allmän lära? forts 4 b (samma budskap som a)

Föreställningen om rättsföljden skulle inte bygga på att backa ett förlopp från en part till en annan part, utan att överväga **i vilken riktning steget skall tas, och kanske då som regel ta ett steg framåt.**

- istället för att börja med tanken att
  - - "prestationerna skall återgå" eller de förändrade "förhållandena skall återställas"och att sedan på olika sätt justera för vad en mer eller mindre fiktiv återgång för med sig,
- så skulle tanken vara att utifrån kravet på "restitution",
  - - dvs vad som i realiteten är ett krav på att avveckla eller justera relationen
  - låta hanteringen gå ut på att bedöma hur denna avveckling skall genomföras givet samtliga faktorer.
- - Det ger exempelvis orsaks- och ansvarsaspekterna tydligt utrymme i bedömningen.
- - Likaså exempelvis frågor om effektiv riskfördelning.
- - Även ytterligare variabler.

... Kan något sådant fungera som en allmän lära? forts 5

Tanken på att ta ett steg framåt innebär likheter med vad parterna egentligen förhandlar om i den tvist de har.

Jfr teorierna om att civilrättsliga regler efterlikna vad parter typiskt sett skulle ha kommit fram till om de kunnat avtala om hur saken skulle lösas om den uppkommer.

Tentativ slutsats:

Tanken om att prioritera öppenheten, genom att undvika restitutionsföreställningen, kan i sig vara ett argument mot att tala om en allmän lära.

(Att ta ett steg framåt blir ju rent av ett ifrågasättande av själva terminologin, "re-stitution" blir någon annan "-stitution".)

Illustration (2) av skillnader mellan ett steg framåt och ett steg bakåt:

Ett bolag kräver tillbaka ett dotterbolag som bolaget sålde för sex månader sedan. Försäljningen har i princip gjorts av VD för säljarbolaget, även om köparbolaget inte riktigt uppfattade saken så, trots att företrädarna nog borde ha gjort det. Säljarbolaget har fått fastslaget att VD överträdde sin behörighet och att avtalet därför inte är giltigt gentemot säljarbolaget. Säljarbolaget vill ha tillbaka dotterbolaget för att dotterbolaget stigit i värde sedan försäljningen; detta är i realiteten den enda anledningen. Värdeökningen beror dels på rationaliseringar och ledningsförändringar som köparbolaget genomfört, dels på att dotterbolaget har ett varumärke som dotterbolaget givit köparbolaget tillstånd att använda. Genom att dotterbolaget och dess varumärke associeras med köparbolaget har värdet stigit.

Illustration (1) av skillnader mellan ett steg framåt och ett steg bakåt:

Försäljning av 12 veckors hundvalp för 25 tkr, vilket är 10 tkr mindre än marknadspris. Ogiltig pga säljarens underårighet. Ett års varaktighet, dvs ett år sedan köpet. Affektionsvärde för köparen har upparbetats över denna tid. Köparen har tränat hunden att interagera med människor och lyda vardagskommandon. Säljaren har för sin förmyndare uppgivit att valpen blev stulen utanför mataffären. Av köpeskillingen 25 tkr har säljaren använt 12 tkr till droger och 6 tkr till mat och 7 tkr till kläder. Hunden har under året drabbats av en sjukdom som innebär livslång medicinering och en kostnad som i nuläget antas bli 1 tkr per år.



## Fråga:

Restitutionskrav – En samlebetegnelse eller én lære?

## Svar (resultat):

Antagligen ingen anledning att tala om en lära, och kanske inte ens vettigt att tala om en samlingsbeteckning.

## Motivering:

- a) Mängden variabler; det finns så många skillnaderna mellan fallen att hanteringen inte styrs av något allmänt.
- b) Andra forskare och jurister har framhållit om att hanteringen, av fall av återgång och återställande, behöver beakta kontexten i hög grad.
- c) Prioritering av det konkreta och verklighetsnära framför det abstrakta och konceptuella, på sätt som förekommer i nordisk tradition.
- d) Hanteringen blir därmed så pass kontextbunden att det inte finns anledning att beskriva något i den som en allmän lära.



GÖTEBORGS UNIVERSITET  
HANDELSHÖGSKOLAN

Claes Martinson

[Claes.Martinson@law.gu.se](mailto:Claes.Martinson@law.gu.se)

Professor i civilrätt, Excellent lärare,

Innehavare av Torsten Petterssons professur i Sjö- och annan transporträtt

[www.handels.gu.se](http://www.handels.gu.se)





